ANDRÉ MARTIN

**REPRESENTAÇÃO DIRETA VOLUNTÁRIA NA
CONCLUSÃO DE CONTRATOS:
Delineamento Histórico e de Custos**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR:

PROFESSOR ASSOCIADO DR. HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO**

2012

ANDRÉ MARTIN

**REPRESENTAÇÃO DIRETA VOLUNTÁRIA NA
CONCLUSÃO DE CONTRATOS:
Delineamento Histórico e de Custos**

Dissertação de Mestrado submetida à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Associado Dr. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, do Departamento de Direito Comercial

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

Banca Examinadora:

A meu pai,
por seu incentivo e,
principalmente,
sua paciência.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação representa o produto final de uma caminhada de estudos, trabalhos, propostas e experiências jurídicas travadas desde que me aventurei pela seara acadêmica.

Ouvi de colegas, durante a estrada percorrida, que tanto numa dissertação de mestrado quanto numa tese de doutoramento, é absolutamente impossível concluir a obra. O investigador, na verdade, desiste no momento da entrega.

A brincadeira, que quer demonstrar o grau de dificuldade de uma obra acadêmica em que o estudo é tratado de forma séria e prioritária, tem enorme ligação com a ajuda que você obtém durante o processo para concluir seu trabalho.

Esta ajuda está em todo e qualquer lugar, e listá-la de forma exaustiva é absolutamente impossível. Mas é possível e necessário, no entanto, agradecer àqueles que estiveram mais envolvidos na decisão de trilhar o caminho do Mestrado e que acompanharam o árduo processo de concepção, pesquisa e redação deste trabalho.

Agradeço, em primeiro lugar, à minha esposa Flávia, que acompanhou desde as discussões mais acaloradas sobre a metodologia a ser adotada no trabalho, até mesmo o quão desesperador pode ser aquele pequeno e necessário ajuste de uma nota de rodapé que acaba por desalinhar todo o restante do texto.

Agradeço ao meu orientador, Professor Haroldo Verçosa, a quem pude recorrer com frequência sempre que tive dúvidas sobre o tema e a dissertação e que sempre retribuiu com paciência diante das inseguranças demonstradas.

Às minhas irmãs, agradeço a paciência de terem me escutado durante os almoços de domingo, sempre falando do Mestrado. À minha mãe agradeço o apoio desde o início, desde a idade mais tenra até a carreira profissional.

À Universidade de São Paulo agradeço a estrutura e oportunidade de conviver em um lugar em que o conhecimento pulsa e está em toda a parte. Aproveito para agradecer aos Professores Rachel Sztajn, Mauro Rodrigues Penteado, Eduardo Secchi Munhoz e Paulo Salvador Frontini, cada um com sua contribuição nas aulas ministradas no Curso de Pós-Graduação, sempre estimulando a pesquisa e desenvolvimento do pensamento crítico jurídico.

Agradeço, especialmente, aos Professores Marcos Paulo de Almeida Salles e Alcides Tomasetti Júnior. Ao primeiro, por sua orientação direta durante as aulas de Pós-

Graduação e na banca de qualificação, sempre zelando por uma pesquisa mais ampla e completa tanto quanto possível. Ao segundo, por seu vasto conhecimento do tema e por suas intervenções pontuais e necessárias durante a qualificação, que permitiram um insuspeito avanço na pesquisa.

Ao escritório Nasser Advogados, em especial ao Rabih, e ao meu anterior escritório, Tranches Ortiz, Andrade e Zamariola Advogados, em especial ao Marcos, Paulo e Ricardo pela condescendência com o tempo de trabalho substituído por pesquisa acadêmica e pelo estímulo nesta caminhada.

Aos amigos, minha profunda gratidão pelo apoio prestado e estabilidade emocional. Agradeço a todos nas figuras daqueles que estiveram mais próximos: Marianna Sampaio, Nathália Mazzonetto, Luiz Haddad, Ricardo Pastore e Thiago Napoli.

RESUMO

Esta dissertação analisa a representação direta voluntária a partir de três âmbitos: (i) histórico, (ii) estrutural e (iii) econômico. O perfil histórico é abordado a partir de uma breve construção historiográfica do desenvolvimento da representação desde o período clássico romano, passando pela Idade Média e suas transmutações, com concessões ao brocardo romano *alteri stipulari nemo potest*, até a construção proposta pela pandectística germânica na figura de Laband. A construção labandiana, lapidada por Hupka, é analisada, posteriormente, sob a perspectiva civilista atual, retomando algumas propostas do modelo idealizado por Laband-Hupka e algumas críticas a este modelo, trazendo como ponto central a questão da abstração da representação em relação ao contrato de mandato e outras figuras gestórias. A figura representativa é, então, colocada sob análise econômica, sob a lupa da Análise Econômica do Direito. A análise ultrapassa a questão de economia de custos que a representação oferece, e que é de meridiana clareza, para analisar, sob a perspectiva da Teoria de Agência e da Teoria de Custos de Transação, os custos gerados por esta figura na negociação e conclusão de contratos.

Palavras-chave:

1. Representação direta voluntária.
2. Análise histórica.
3. Análise econômica do Direito.
4. Abstração do contrato de Mandato.
5. Custos de representação

ABSTRACT

This dissertation analyzes the direct and voluntary representation from three different scopes: (i) historical, (ii) structural, and (iii) economical. The historic profile is broached from a brief historiographical construction of the development of representation from the classical Roman period, through the Middle Ages and its transmutations, with concessions made to the Roman maxim *alteri stipulari nemo potest*, until the construction proposed by German Pandect author, Laband. The Laband construction, improved by Hupka, is analyzed, subsequently, under the present civil perspective, retaking some of the proposals of the model idealized by Laband-Hupka and some criticism to this model, bringing as central point of discussion the abstraction of representations towards the contract of mandate and other management relationships. The representative figure is, then, put under economical analysis, under the magnifying glass of Law and Economics. The analysis exceeds the matter of economy of costs that is offered by representation, and which is rather explicit, to analyze, under the perspective of the Agency Theorie and the Costs of Transaction Theorie, the costs generated by this figure in transaction and closing of contracts.

Key words:

1. Direct and voluntary representation. 2. Historical analysis. 3. Law and Economics. 4. Abstraction from the contract of mandate. 5. Agency costs

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
INTRODUÇÃO.....	17
<i>-Limitação ao Tema.....</i>	<i>20</i>
<i>-Razão de Ordem.....</i>	<i>21</i>
CAPÍTULO 1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA	24
<i>- Roma: primeiras formas.....</i>	<i>24</i>
<i>- Gestão de negócios alheios em Roma e o Mandato</i>	<i>31</i>
<i>- Período das Glosas e Comentários</i>	<i>38</i>
<i>- Martinus Gosia: Ius honorarium e aequitas bursalis</i>	<i>40</i>
<i>- Contribuição do Direito Canônico e pós- Humanismo.....</i>	<i>42</i>
<i>- Codificações</i>	<i>45</i>
<i>- Pandectística e formação do pensamento germânico.O BGB</i>	<i>47</i>
CAPÍTULO 2. ESTRUTURA DO NEGÓCIO REPRESENTATIVO	55
<i>-Etimologia e Conceito</i>	<i>59</i>
<i>-OUTRAS FIGURAS E INSTITUTOS AFINS.....</i>	<i>66</i>
<i>-Representação, Nunciatura e Figuras Análogas.....</i>	<i>66</i>
<i>-Interposição Gestória, Interposição de Pessoa e Contrato a Favor de Terceiro</i>	<i>69</i>
<i>-Cessão de Posição Contratual e Interposição Gestória</i>	<i>75</i>
<i>-Contrato com Pessoa a Declarar e Representação</i>	<i>76</i>
<i>-PRESSUPOSTOS DO NEGÓCIO CELEBRADO MEDIANTE REPRESENTAÇÃO</i>	<i>78</i>
<i>-Poder de Representação: conceito e estrutura</i>	<i>78</i>
<i>-Poder de Representação: fontes. A Procuração e o Mandato: diferenças</i>	<i>82</i>
<i>-Atuação em nome alheio: a Contemplatio domini</i>	<i>94</i>
CAPÍTULO 3. ANÁLISE ECONÔMICA DO NEGÓCIO REPRESENTATIVO	97
<i>-Exposição ao Risco do Negócio Jurídico e Risco Moral</i>	<i>99</i>
<i>-Relação Fiduciária (Fiduciary Relationship).....</i>	<i>104</i>

<i>-Assimetria de Informações: mais Risco Moral e a Seleção Adversa</i>	<i>108</i>
<i>-Breve Análise de Custos da Representação: Custos de Transação</i>	<i>113</i>
CONCLUSÕES.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	124

APRESENTAÇÃO

A escolha do tema de pesquisa objeto deu-se de forma particularmente prosaica. Atendendo, na qualidade de aluno ouvinte, a uma das aulas de pós-graduação do Professor Haroldo Verçosa e do Professor Marcos Paulo de Almeida Salles, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, deparamo-nos todos com um tema caro à teoria geral dos contratos: “a representação na conclusão dos contratos”.

O tema, dentre aqueles que foram propostos ao longo do semestre pelos ministrantes foi, de longe, o que menos suscitou dúvidas ou discussões dentre o grupo de alunos que acompanhava o magistério daquele período.

Percebi que o tema, riquíssimo para a senda comercial à qual nos dedicamos era tido como insuscetível de criar maiores problemáticas tanto em sua aplicação prática quanto em sua conformação jurídica.

Dediquei-me, então, a um estudo raso sobre o tema – o qual, confesso, julgava razoavelmente esgotado como o deviam fazer muitos de meus colegas – e, como se poderia suspeitar, encontrei uma vereda amplamente explorada por operadores do Direito e longe de ser classificada como definitivamente formatada.

A proposta de estudar a figura, ademais, por mais que se conteste uma eventual utilização e um estudo demasiados da figura, é absolutamente coerente com a modernidade que se impõe à sociedade e ao Direito, notadamente ao Direito Comercial.

Poucas figuras mereceram, durante o rico e frutífero período de estudos da pandectística germânica, tanta atenção quanto a representação. Entre os estudos empreendidos por Savigny, embrionários, de certa forma, da teoria atual, e a construção de Hupka, passaram-se três quartos de século ou pouco mais do que isso.

A primeira idéia de abstração da representação direta com relação ao contrato de mandato, lapidada por Laband como se verá adiante, surge em tempos mais distantes, em Roma e com mais força a partir do Direito Canônico.

A estruturação dogmática do negócio representativo, contudo, demoraria séculos para ser consolidada, e só o seria no século XIX, ainda assim com discussões abertas até os dias atuais.

Esta constatação histórica expõe a primeira fraqueza do trabalho proposto.

Pensou-se, a princípio, diante dos cíclicos debates sobre a unificação metodológica do Direito Privado, que levam inclusive a um acalorado debate sobre a utilidade e necessidade de estabelecer formalmente a categoria ontológica do Direito Comercial com a proposta de um Código Comercial¹, em demonstrar como a figura representativa, sem alterações estruturais, serve de forma absolutamente diversa ao Direito Civil e ao Direito Comercial.

A demonstração de diferença da representação direta voluntária nas duas searas de estudo se proporia a ilustrar que a separação do Direito Privado se dá não pela formatação formal de suas estruturas, mas pela singularidade do método de análise empreendido por cada um dos ramos.

O Direito Comercial se serviu dos longos e acurados trabalhos oferecidos pelos civilistas em matéria de representação direta para que dela derivassem figuras eminentemente afeitas à atividade mercantil, como a distribuição, a corretagem e a agência, por exemplo.

Esta nossa proposta de trabalho se revelou mal-sucedida. A dificuldade em se estabelecer a completa abstração da representação em comparação aos contratos aos quais se prende foi o primeiro dos obstáculos, mas não seria o único.

A impropriedade terminológica da doutrina majoritária teve papel de destaque na mudança de propósitos deste trabalho.

¹ Estabelecimento formal despiendo a nosso ver. A estrutura codificada não se coadunaria com a estrutura volátil e microssistêmica do Direito Comercial, ramo extremamente diversificado e que se propugna a um estudo nuclear sobre a empresa – muito embora parte da doutrina atual entenda que o objeto de estudos do comercialista hoje é o mercado (ver, neste sentido, a obra de FORGIONI, Paula Andrea. *O direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo, Tese (Cátedra) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008). As duas propostas não estão afastadas e a empresa é o elemento nuclear do mercado. Não cremos que o Direito Comercial tenha sofrido uma mudança de objeto, mas sim uma alteração de paradigmas quanto à sua estrutura de análise. Numa comparação um tanto inadequada com a teoria econômica, a análise da empresa sob a perspectiva interna e organizacional seria complementar à análise da empresa sob a perspectiva de mercado na qual se insere.

O tratamento de “representação indireta” a uma forma de interposição de pessoa que não reflete a figura representativa de forma perfeita e acabada impede que se ligue, por exemplo, o contrato de distribuição diretamente à representação.

O estudo da estrutura da representação leva-nos a entender que somente se dá a figura da representação quando estamos diante da representação direta. Noutros casos há a interposição de pessoa, gênero da qual a representação é espécie.

Esta impossibilidade de se produzir uma construção dogmática da figura da representação – ou talvez, colocando de forma mais apropriada, a nossa incapacidade de fazê-lo nesta dissertação sem incorrer em impropriedades históricas e estruturais –, para que a partir daí transparecesse o cotejo analítico do Direito do Civil e do Direito Comercial, levou o trabalho para caminhos diversos, mas não menos importantes e, certamente, mais atuais para a hermenêutica jurídica.

A proposta de iniciar os estudos sob uma perspectiva histórica, contudo, permaneceu sólida como o início adequado para a abordagem do instituto. A riqueza do tratamento oferecido à figura no século XIX devia-se, imaginamos, à negligência com a qual a representação teria sido tratada nos períodos anteriores.

A análise histórica impõe-se para prestar este esclarecimento e, ainda, para que se compreenda os contornos da figura representativa e, principalmente, a origem das necessidades negociais e sociais que teriam imposto o desenvolvimento da representação direta.

Este viés historiográfico, essencial em qualquer estudo sobre o desenvolvimento de uma figura *iuris*, é especialmente interessante se pensarmos que a posição majoritária da doutrina, ao abordar a representação, aduz que o período romano não a teria conhecido, a despeito de figuras como o *institor*, e institutos como o *mandatum* e a *procuratio*, que serão abordados adiante.

A própria *procuratio* já impunha uma suspeita sobre a existência de representação direta voluntária no período romano².

² Esta mesma preocupação pode ser vista na escolha metodológica proposta por POUSADA, Estevan Lo Ré. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 6, em que o autor, com presença de espírito, ilustra seu assombramento diante da visível

O aprisionamento metodológico, ao qual normalmente se cede com facilidade, é absolutamente impraticável diante da representação direta. Os autores que se renderam a uma metodologia estática frequentemente ficaram aquém em suas conclusões, ainda que tenham promovido avanços notáveis.

Já os autores que variaram suas perspectivas analíticas, para propor uma estratificação mais dinâmica do instituto, propuseram uma reconstrução dogmática da representação, mas ficaram expostos a críticas pelas lacunas estruturais ou metodológicas adotadas. Adotar um critério de análise num primeiro momento e um critério variado noutra oportunidade pode levar a uma riqueza técnica, mas expõe o investigador a uma crítica e desvalorização³ *ab initio*.

Sem descuidar dos autores com propostas mais herméticas, optamos por analisar mais detidamente o segundo grupo de autores, vulnerando assim o próprio trabalho em troca de um mergulho mais profundo nos meandros do instituto. A iniciativa, se mais penosa, mostrou-se mais gratificante.

O estudo da representação foi impondo os caminhos sobre o presente trabalho, enquanto o autor assistia quase impassível. A metodologia, superveniente na cronologia do estudo empreendido, ao contrário de tudo quanto se imaginava quando nos propusemos à presente dissertação, foi impondo sua prevalência e domínio sobre o quanto era escrito e pesquisado, e culminou no estudo econômico da figura, como complementar ao estudo histórico-estrutural.

Abriu-se mão do revanchismo de demonstrar que o Direito Privado não seria indivisível e acabou-se por confirmar, curiosamente e por vias totalmente diversas, a importância de se estudar uma figura *iuris* pelas perspectivas civilista e comercialista.

O estudo de modelos contratuais seculares como a agência, por exemplo, já havia sido extremamente desvendado. Investigadores mais preparados trataram do assunto e de forma superior. Expor os efeitos que o Direito Comercial exercia sobre a representação direta estruturada pelo Direito Civil passou a ser supérfluo e desnecessário diante da

quebra de dogmas ao primeiro contato histórico com a figura. Apesar da opção analítica bastante diversa, sentimo-nos, como Pousada, igualmente acudados pelo estudo histórico a propor uma reorganização estrutural do projeto inicial do trabalho.

³ Esta crítica foi endereçada a Laband, como veremos em momento oportuno. O autor alemão empreende seu trabalho a partir de um dispositivo do Código Comercial e oferece a doutrina que propõe a abstração entre o mandato e a representação.

riqueza da doutrina a esse respeito.

Ao contrário, expor os efeitos que a representação estruturada nas bases civilistas tinha nas relações econômico-comerciais passou a ser o alvo do trabalho. Esta inversão metodológica, ainda que imprópria para os investigadores mais castos, revelou um flanco ainda pouco explorado pela ciência jurídica.

A inversão metodológica não pode ser mais apropriada senão para uma figura como a representação direta, construída sobre base mercantilista⁴.

A interpretação civilista e um arremate pelo viés de estudo do Direito e Economia traz uma interessante contraposição que contribui enormemente para o desenvolvimento de qualquer figura.

As elaborações técnicas do *Law and Economics*, dominadas por uma intenção pragmática, são formuladas por um método que não busca a sistematização ou as meta-teorias.

Assim, partimos em direção ao máximo da abstração da figura representativa, cercados de axiomas. Uma vez formatada a figura da representação, propomos uma análise totalmente reversa e consequencial, com base nos efeitos econômicos observados na representação.

A abordagem proposta pela Análise Econômica do Direito não está ausente da doutrina tradicional clássica, mas sua metodologia, mais ligada à tópica⁵ e à exegética surge de maneira menos destacada e identificável.

Há, neste tipo de análise, uma distinção da fundamentação dedutiva em comparação à mera fundamentação persuasiva, com a sustentação de que o Direito se organize não em brocardos estanques, mas em tópicos funcionais conduzidos por fios de pensamento aos quais se pode recorrer.

4 A proposta de Laband, como se demonstrará, surgiu de artigo do Código Comercial.

5 Quanto à realidade como objeto de análise jurídica, ver, a respeito da tópica e da linha de condução metodológica, a obra de VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad.: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 17 e ss.

A tópica, nos dizeres de Pedro de Albuquerque⁶, surge como uma técnica de pensar problemas, desenvolvida a partir da retórica, e que se contrapõe ao pensamento sistemático-dedutivo.

Em tempo, não é nossa pretensão alongarmo-nos sobre o sistema empreendido, muito embora seja indispensável informar sobre o respectivo método de apresentação proposto.

Viehweg⁷ e Carnelutti⁸, autores buscados para nortear a metodologia, partem da mesma matriz: a realidade como objeto da ciência jurídica. É isto que se quer ressaltar. Posteriormente, os autores tomam caminhos sistemáticos substancialmente opostos e cujo estudo transborda em muito os limites propostos pelo presente trabalho. Filiamo-nos à sistemática empreendida por Carnelutti num primeiro momento e, estabelecida uma matriz ontológica, partimos para uma análise econômica mais próxima da sistemática proposta por Viehweg.

Esta duplicidade de métodos, ao contrário do que se poderia supor, contribui para a robustez da investigação. O cotejo das informações colhidas, se por um lado dificulta a axiomatização, por outro lado, fortifica a teoria que obtida por uma metodologia e confrontada pela outra se mostra cientificamente sustentável em ambas.

A teoria jurídica que privilegia a abstração a partir da conciliação de perspectivas deontológicas parece demonstrar suas fraquezas, em especial quando se refere ao sempre mutante Direito Comercial.

Já a proposta de uma análise econômica do contrato, decerto possui as suas fragilidades. O viés objetivista sobre o contrato, sempre disposto a funcionalizá-lo e a mostrá-lo como “instrumento de finalidades socialmente aprováveis”⁹ acaba, nos dizeres de Fernando Araújo, por “*através dessa funcionalização despromover a autonomia contratual do pedestal em que a colocam as abordagens subjetivistas*”¹⁰.

6 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação voluntária em Direito Civil”. Coimbra: Almedina, 2004, p. 22, nota 17.

7 VIEHWEG, Theodor. “Tópica ...”, p. 17-8.

8 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3ª ed. Roma: Foro Italiano, 1951, p. 14.

9 ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 222.

¹⁰ ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 222.

A adoção de metodologias diversas, como propomos, não visa uma dissensão teórica, mas o casamento de construções estanques lógico-dedutivas com as características indutivas e pragmáticas de sincretismo da Economia, buscando a eficiência, mas adotando o formalismo fundado na teoria jurídica de abstração e categorização.

É o que esperamos ter atingido com a obra ora apresentada.

INTRODUÇÃO

Na economia contemporânea, que possui por corolário básico a cultura de produção e consumo em massa, surgiu para os empresários, com meridiana clareza, a necessidade adoção de técnicas de distribuição mais rápidas, práticas e abrangentes.

Essas novas técnicas de produção e de seu escoamento trouxeram para a disciplina contratual uma vasta parcela de novos tipos contratuais, originais ou derivados de figuras antigas, mas suscetíveis de fornecer a esta nova realidade a necessária e adequada roupagem jurídica.

A representação é, sem sombra de dúvidas, a figura que se faz presente na maior parte destas novas – ou nem tão novas numa época que o avanço tecnológico é suplantado em meses e não mais séculos – técnicas contratuais que viabilizam as atuais técnicas de produção e comércio.

Além disso, os negócios jurídicos são, essencialmente, atos jurídicos¹¹ com os quais os indivíduos procuram regular, por si mesmos, seus interesses com os outros¹². São atos regidos, portanto, pela autonomia privada¹³.

A autonomia privada tem, no entanto, seus tentáculos reduzidos a um fator objetivo

¹¹ A doutrina mais antiga e tradicional classificava os negócios jurídicos como atos jurídicos *stricto sensu*. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 475) Adota-se, há tempos, a consagrada denominação de negócio jurídico, como espécie do gênero ato jurídico, e não destoaremos desta tendência.

¹² Neste sentido, BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad.: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, p. 172.

¹³ Qualquer explanação em maior escala sobre o conceito e a discussão principiológica sobre eventuais limites da autonomia privada transborda os limites e pretensões deste trabalho. Sugerimos, para os interessados a leitura de SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, obra em que a autora, numa abordagem muito distante da que pretendemos, e na seara de bioética, propõe a discussão do princípio da autonomia privada, afastando radicalmente – posição com a qual concordamos integralmente – as pretensas limitações e tutelas propostas pelo Estado. Ver, ainda, GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22 e, do mesmo autor, principalmente, *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967, p. 65-70 e *Novos Tema de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77-90. Ainda na doutrina brasileira, ver VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo, Tese (Livre-Docência) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Na doutrina portuguesa, ver, por todos, para um panorama geral FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004 e RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

que foge absolutamente à emissão volitiva do interessado: a impossibilidade de atuação do interessado por múltiplos fatores, tais como a falta de capacidade ou de oportunidade de celebrar o negócio jurídico.

Diante desta impossibilidade de atuação, que tolhe objetivamente a vontade, surgiu para o Direito o problema de reconhecer a possibilidade de que o interessado conclua o negócio jurídico em que tem interesse, por interposta pessoa, mas em conformidade com a autonomia privada que rege estas relações.

A própria autonomia privada impõe limites lógico-dedutivos à idéia inicial de representação¹⁴. Trata-se de admitir o negócio jurídico fundado na noção de que cada um deve emitir sua vontade da forma mais conveniente para si, regulando os seus negócios como melhor lhe aprouver.

Os fatores que apresentamos, dentre muitos outros históricos e sociológicos, permitem o ingresso, nos negócios jurídicos, de variegadas formas de cooperação instrumental, úteis e dignas de serem albergadas pelo Direito.

Esta cooperação na consecução dos fins negociais, além de ser regrada dentro da autonomia privada do interessado, não pode ser reconhecida abstratamente, em sua totalidade, sem que entre o interessado e o intermediário, chamado a substituí-lo, seja estabelecida uma relação que fundamente a destinação direta ou indireta dos efeitos produzidos pelo negócio à esfera patrimonial do interessado.

Ademais, o advento da Lei 10.406, de 2002, adulterou o diploma civil para que fossem sentidas variações em determinados institutos e uma simples continuidade significativa em outros. A representação voluntária, sentimos, ficou a meio caminho entre mudanças “inovadoras” e conservação de sentido.

Mais do que uma comparação entre artigos do Código Civil anterior e do atual, com a indicação de inserção ou revogação de determinados dispositivos legais, interessa-nos cotejar as mudanças promovidas e comentar o espectro e amplitude destas alterações, particularmente quanto ao que se refere à representação¹⁵.

¹⁴ Neste sentido, BETTI, Emilio. “Teoria...”, p.171 e FERRARA, Luigi Cariota. *Negozi sul patrimonio altrui*. Pádua: CEDAM, 1936, ver p. 246, entre outras.

¹⁵ Exceto quando disposto de forma diferente pelo contexto em que se insere, a *representação* se referirá à representação direta voluntária, como se explicará mais adiante neste trabalho.

Dentre as alterações promovidas perante o Código Civil de 2002, salta aos olhos a inserção, na Parte Geral do Código Civil, de um capítulo voltado especificamente para disciplinar a representação, apresentando para a figura um tratamento sistemático autônomo.

Foram acrescentados ao Código Civil seis artigos¹⁶, dentre os quais um possui correspondência no Código Civil de 1916¹⁷. Há, no entanto, uma série de outros dispositivos legais que tratam da representação no nosso diploma civil e que não estão enquadrados nesta disciplina geral que se pretendeu estatuir¹⁸.

A disciplina autônoma, da Parte Geral do Código Civil, destinada à representação revelou-se tímida e sua cláusula de remissão – o artigo 120 – deixou a abstração da figura em relação ao contrato de mandato a ser questionada.

Entendemos, e desde já expomos, que o legislador não burlou a pretensa abstração da representação.

Teria o legislador apenas remetido o investigador a buscar o fator de eficácia e o subsequente conteúdo funcional da figura representativa na relação gestória subjacente – da qual se tratará amplamente *infra* – e que não corresponde necessariamente ao contrato

¹⁶ Dentre os seis artigos de representação inseridos na Parte Geral, o primeiro (art. 115) trata de suas fontes, dois tratam de seus efeitos (arts. 116 e 118), dois contemplam hipóteses de anulabilidade (arts. 117 e 119) e o último é uma norma de extensão (art. 120). O progresso legislativo produzido é absolutamente tímido, se comparado ao *Bürgerliches Gesetzbuch*, ao *Codice Civile* ou ao Código Civil português. Para POUSSADA, Estevan Lo Ré. “Aspectos ...”, p. 15, nota 3, no que toca à conformação sistemática eleita pelo legislador “*houve como que uma espécie de adesão parcial ao modelo referido*”. O autor se firma na posição de José Carlos Moreira Alves (*A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 105, em *apud*) que explana de forma crítica: “*o Projeto, suprindo lacuna do Código Civil em vigor reservou, na Parte Geral, um capítulo para os preceitos gerais sobre a representação legal e a negocial. Ao contrário, porém, do que ocorre no Código Civil português de 1967 – que regula a representação negocial na Parte Geral (arts. 262º a 269º) – o projeto, seguindo a orientação do Código Civil brasileiro atual, disciplina essa matéria no capítulo concernente ao mandato, uma vez que, em nosso sistema jurídico, a representação é da essência desse contrato*”.

¹⁷ Esta correspondência explica muito quanto à intrínseca relação entre representação e contrato de mandato. O artigo ao qual se refere é o 118: “*O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem*”. A correspondência praticamente direta se dá com o artigo 1.305 da Lei nº 3.071, de 1916, e que se encontrava no Capítulo que trata do mandato, qual seja: “*O mandatário é obrigado a apresentar o instrumento do mandato às pessoas, com quem tratar em nome do mandante, sob pena de responder a elas por qualquer ato, que lhe exceda os poderes*”. A alteração de termos – mandatário por representante, representado por mandante, e instrumento do mandato por qualidade e extensão de seus poderes – não impede a correspondência, e ainda demonstra uma afovação para desvincular a representação voluntária e o mandato, mas incorrendo num descompromisso semântico ao manter a mesma sistemática e optar por uma simples substituição terminológica.

¹⁸ Sobre os demais artigos, tratar-se-á no Capítulo 2º, mais exhaustivamente na nota 199 *infra*.

de mandato¹⁹, como se verá, sendo oferecidas ao intérprete do Direito muitas outras opções gestórias que podem se correlacionar com a representação direta voluntária.

-Limitação ao Tema

Nosso estudo abordará não todas as formas de cooperação negocial, mas a representação na conclusão de contratos mercantis.

O que parece, a princípio, ser a mera transcrição do tema, traz em si um determinante conteúdo limitador no estudo dos meandros da ampla figura representativa.

A representação legal é movida por um interesse maior do Estado, mas não se descuida haver interesse estatal na relação privada travada mediante a figura representativa.

A representação voluntária propõe um tráfego mercantil maior e uma amplitude de estabelecimentos de relações negociais, privilegiando o mercado e propiciando a circulação de ativos necessária ao interesse estatal.

Este interesse estatal paralelo na representação voluntária, contudo, estará fora do âmbito destes estudos, assim como não cuidaremos da representação legal

Restará também excluído do ambiente deste estudo a mal denominada “*representação orgânica*”²⁰ ou “*representação institucional*”²¹. A relação travada entre

¹⁹ A completa separação metodológica no Código Civil, como se propõe o Código português, artigos 258º a 269º, não logrou êxito aqui. O longuíssimo trâmite legislativo e as inúmeras interferências metodológicas e de outras origens acabaram por minar as pretensões do relator do Anteprojeto parcial. A idéia de separação plena entre os institutos – que além de estar presente no Código português, também pode ser vista no Código Civil alemão (parágrafos 164 a 181) e no Código Civil italiano (artigos 1.387 a 1.400), além de muitos outros códigos continentais que não mais adotam a influência do *Code Civil* francês – já podia ser observada no Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, elaborado por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, o qual propugnava, em sua Exposição de Motivos, a libertação do instituto da representação quanto ao contrato de mandato (ver AZEVEDO, Philadelpho, GUIMARÃES, Hahnemann e NONATO, Orosimbo. *Anteprojeto de Código das Obrigações: parte geral (1941)*. In Código Civil: anteprojetos. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989, v. 1). Para a evolução dos projetos de lei quanto à matéria de representação e para os rumos que a matéria tomou nas jornadas que trataram do tema, ver POUSADA, Estevan Lo Ré. “*Aspectos ...*”, p. 20 e ss., notadamente p. 20-1, nota 7.

²⁰ DE MATTIA, Fábio Maria. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo, 1984, p. 52.

²¹ BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 202.

uma pessoa jurídica ou ente administrativo e uma pessoa física legitimada a tratar de seus interesses não constitui relação direta de representação voluntária.

Aliás, a doutrina de Pontes de Miranda nos ensina que a famigerada *representação orgânica* não é sequer representação, mas, nos dizeres do autor, “*apresentação*”²². O doutrinador pátrio está com a razão. Não se observa neste caso a representação, mas a apresentação.

A representação, no direito privado, pressupõe uma distinta e completa separação entre as esferas jurídicas do representante e do representado. É esta separação patrimonial e jurídica que possibilita, ainda que de forma abstrata, que o negócio produza os seus efeitos a cargo de quem o celebra²³.

Na apresentação orgânica, há uma exclusão apriorística desta possibilidade de segregação de esferas patrimoniais e jurídicas. O órgão ou pessoa natural que apresenta a pessoa jurídica não dispõe de uma individualidade própria e distinta, formando, na verdade, um todo com a pessoa jurídica.

Os atos orgânicos, portanto, devem ser referidos à pessoa jurídica como próprios e não de outrem em seu nome e benefício, características básicas para que se observe a representação direta voluntária.

-Razão de Ordem

A apresentação da representação no presente trabalho visa à determinação de sua evolução histórica, conceituação e definição, e uma análise técnico-econômica, valendo-se dos métodos interpretativos emprestados da Análise Econômica do Direito.

A evolução histórica apresentada demonstra aparecimentos pontuais da representação direta voluntária ainda no sistema romano. Há, desde então, uma lenta e

²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. XLIII, p. 11, entre outras inúmeras passagens. No mesmo sentido, ver, entre nós, MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 55-6.

²³ Ver, a este respeito, BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 202.

gradual desconstrução do brocardo romano *alteri stipulari nemo potest*²⁴.

Uma interpretação abrangente surgida no Direito Canônico e já timidamente observada em tempos anteriores permite que a representação voluntária direta “conviva” de forma curiosa com sua proibição expressa, por meio de uma imensa lista de exceções, que reduzem a proibição a uma quase inutilidade.

A pandectística germânica, com seu período fértil de estudos e proposições, dedica, então, um estudo aprofundado à representação direta voluntária, um progresso nunca antes experimentado pela figura e que ganha espaço significativo em nosso trabalho.

A construção advinda do direito germânico, e positivada pelo BGB²⁵, é o cânone do qual partimos para uma breve estruturação da figura, proposta a partir de conceituação e definição.

A conceituação e definição são formulações distintas no processo cognitivo e de desenvolvimento acadêmico.

O primeiro coloca a figura ora apresentada num compartimento mais ou menos estanque de análise estrutural a que se propõe a hermenêutica jurídica. Vale dizer, abrange a análise de sua natureza.

Já o segundo propicia uma análise estruturada interna da figura, uma vez compartimentada em sua natureza. É a formulação de uma significação da figura.

O terceiro capítulo propicia uma análise econômica do negócio que se serve da estrutura representativa. Esta análise é feita a partir das teses que compõem o Neoinstitucionalismo, em especial a Economia dos Custos de Transação e a Teoria da Agência, a respeito das quais se tratará mais adiante. Há dissensões metodológicas mínimas, mas que devem ser levadas em consideração no cotejo entre as teorias das quais nos servimos.

²⁴ Adotamos esta máxima em detrimento das demais, muito embora a doutrina varie consideravelmente quanto ao adágio romano que proibia a representação direta voluntária. Podemos citar, a título de referência, *per extraneam personam non acquiritur*, encontrada em Gaius, II, 95. Por todas as máximas romanas, trataremos sempre sob a restrição da *alteri stipulari nemo potest*. Não apenas há um sentido mais amplo no brocardo eleito, como a interpolação de fontes permite que adotemos uma por todas, diante da profusão de parâmetros aproximados que o período oferece. Uma análise de fontes mais acurada ultrapassaria quaisquer propósitos deste trabalho e foi, de plano, descartada.

²⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil alemão.

Para a Teoria da Agência, as motivações básicas da celebração de contratos são a transferência de riscos e a alocação de incentivos, relação em que se dá um *trade-off* entre incentivos e segurança negocial, especialmente no tocante a contratações em que a defesa do interesse de um contratante dependa da ação de um terceiro, exatamente como ocorre na representação direta voluntária.

Já a Economia dos Custos de Transação trata a contratação como uma combinação de soluções institucionais que vise à redução de custos globais de um contrato a partir da atuação mitigada ao longo dos diferentes momentos da relação contratual, com a redução de custos e o aumento de eficiência ocorrendo como decorrências gradativas.

As visões de custos de transação e agência, na verdade, se afiguram para nós como complementares²⁶. É como se a Economia de Custos de Transação se dispusesse a responder as inquietações da Teoria da Agência, sustentando que a resposta proposta por esta última é demasiado hermética e direta para compreender a complexidade que envolve as relações econômico-transacionais reveladas pelas relações contratuais²⁷.

Há, de qualquer forma, uma convergência entre as teorias desenvolvidas. A centralização em matéria de inacabamento contratual, que impele o estudo de casos – típico da Economia dos Custos de Transação – e o estudo das múltiplas variáveis negociais que podem ser atribuídas a um único tipo de contrato – inerente à Teoria da Agência – promovem uma análise hermenêutica integrada e mais completa dos contratos.

²⁶ Segundo ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 217: “(...) a ‘Teoria da Agência’ tem sido a que melhor se tem prestado à modelação formal, mormente nas suas combinações com os paradigmas do ‘contrato completo’, do ‘contrato incompleto’ e do ‘contrato linear’; mas, em contrapartida, é a ‘Economia dos Custos de Transação’, com o seu já assinalado pendor indutivista, que melhores possibilidades tem revelado de comprovação empírica, de referência a práticas comerciais efetivas. Na verdade, as duas visões complementam-se quase inevitavelmente.”

²⁷ Neste sentido, ver ARAÚJO, Fernando. “*Teoria ...*”, p. 218. O caráter mais indutivo e que parte de premissas “menos perfeitas” para as conclusões, tais como a racionalidade limitada, atribuem à Economia dos Custos de Transação um caráter substancialmente empírico que facilita o diálogo e complementaridade com a Teoria da Agência, metodologicamente mais propensa a categorias ontológicas perfeitamente estabelecidas para a sua construção hermenêutica.

CAPÍTULO 1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

- Roma: primeiras formas

O desenvolvimento da figura²⁸ da representação não tem sido linear, nem tampouco uniforme. Não se sabe, com certeza, de onde se originou a necessidade de se concluir negócios a partir de um fenômeno substitutivo²⁹.

A linha a partir da qual podemos afirmar este caráter fragmentado da composição e construção histórica do fenômeno representativo parte da afirmação, por exemplo, de que o direito romano não reconheceu a representação³⁰.

É certo que os romanos, ainda que diante das conhecidas restrições à atribuição de eficácia aos atos julgados modernamente como atribuíveis à representação direta, não desconheciam os problemas práticos que envolviam a produção de efeitos jurídicos que

²⁸ Servimo-nos da classificação da representação como figura, e não elemento ou instituto, muito embora a proximidade de sentidos com a conotação de instituto permita a constante – e não absolutamente equívoca – troca de um pelo outro. A este respeito, ver Capítulo *infra*.

²⁹ Além da evidente celeuma instalada sobre ter ou não o direito romano reconhecido a representação direta – sobre a indireta parece não pairar dúvida – há indícios de que o fenômeno representativo era conhecido e desenvolvido no Egito antigo. O defensor desta tese é Wenger (*Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*) que oferece esta interpretação histórica, contra a qual se insurge ferrenha e diretamente Mitteis (*Römisches Privatrecht*, vol. I, p. 230) (ambas obras à qual tivemos acesso em *apud* por FRÈ, Giancarlo. *Rappresentanza: Diritto Privato*. In *Nuovo Digesto Italiano*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939, t. XVII, p. 1098)

³⁰ A doutrina que dispõe não ter, a sociedade romana, conhecido a representação é praticamente inesgotável. A título meramente exemplificativo, entre nós, v. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127, que, no comentário ao artigo 115 de nosso Código Civil é absolutamente taxativo ao afirmar: “No Direito Romano, os atos possuíam caráter solene e personalíssimo e não admitiam representação. Não se tinha idéia de que alguém pudesse praticar atos por outrem. A obrigação havia de ser contraída pelo próprio titular (...) tal proibição possuía motivo político de resguardar a liberdade de uma pessoa, uma vez que a obrigação não cumprida poderia levá-la até a escravidão; para outros, a proibição derivava do formalismo inerente aos atos do Direito Romano mais antigo; outros vêem na proibição consequência da compreensão pessoal do vínculo obrigacional, na época”. E, ainda, PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições...”, v. I, p. 613: “(...) No direito romano assim era com exclusividade a princípio, já que o caráter personalíssimo e solene dos atos não se compadecia com a idéia de alguém proceder e agir em nome de outrem. Quando um ato era exercido por uma pessoa em lugar de outra, os efeitos respectivos pertenciam a quem o realizava, e não atingiam o interessado, que era terceiro, e, como tal, estranho ao negócio: *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*. (negócio realizado entre uns nem prejudica, nem beneficia outros).” Entre os italianos, ver FRÈ, Giancarlo. “*Rappresentanza: Diritto Privato...*”, t. XVII, p. 1097: “*Nel diritto romano era conosciuta la così detta rappresentanza indiretta, ma non la rappresentanza diretta, da cui esclusione, esplicitamente espressa (per extraneam personam non adquiritur, Gaio, II, 95) è tramandata e ripetuta pure nel Digesto (fr. 11, D, 44, 7).*”

ligassem um ato de uma pessoa em *dominus negotii* alheio³¹.

A posição majoritária que levou a esta construção de desconhecimento – ou quando menos de inaplicação – da figura da representação em Roma finca-se na análise cronológica e relato histórico da formação da sociedade romana. A predominância da atividade agrícola e pastoral promovida exclusivamente a partir de esforços do *pater familias* e da estrutura doméstica³² de que dispunha minavam a influência de atividades comerciais mais afastadas e geridas por interpostas pessoas.

O *pater familias* romano, quando em campanhas militares ou diante da necessidade de se ausentar para vender os frutos de seu trabalho ou alterar a sua estrutura doméstica de comércio³³, deixava que seus filhos e até mesmo um *servus actor*³⁴ promovesse a condução e administração dos negócios familiares em nome do chefe da família. Faltava a estes intermediários da vontade do chefe de família, na concepção da época, capacidade jurídica para reconhecerem e transigirem sobre direitos patrimoniais próprios, mas era-lhes permitido transigir sobre direitos patrimoniais em nome de outrem.

³¹ Para uma visão mais panorâmica com a colocação de ambas as posições doutrinárias, a oferta de uma breve visão endêmica e temporal da figura da representação na Roma antiga, apoiamos em HUPKA, Josef. *Representacion voluntaria en los negocios juridicos*. Trad.: Luis Sancho Seral. *Madri: Revista de Derecho Privado*, 1930, p. 2. Em sua obra, o autor apresenta distintamente as principais dissensões histórico-ideológicas acerca do tema, respeitada e compreendida a data da publicação de sua própria obra, e oferece-nos a posição de contrariedade à assertiva de ignorância romana à figura da representação.

³² Alternativamente à estrutura que julgamos por bem denominar “estrutura doméstica”, veio a calhar a denominação oferecida por Pedro de Albuquerque: “consórcio doméstico”. O autor português justifica a adequação de sua escolha e oferece o contexto histórico do qual se serviu. Em seus dizeres, forte na contraposição oferecida pelo autor alemão Axel Claus (*Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlim, 1973, p. 62-64, aqui em *apud*) entre a representação voluntária no direito romano e o denominado consórcio doméstico: “*Este consórcio, designado de ercto non cito, encontrava-se previsto na Lei das XII Tábuas como uma comunhão persistente entre irmãos na sequência da morte do pai. Os novos fragmentos de Gaius (3, 154, a), encontrados no Egito em 1993 permitiram alguns esclarecimentos adicionais sobre esta figura.*”. Optou-se por um termo mais abrangente para não haver confusão com o consórcio *ercto non cito*, figura que compõe a legislação da época e para não haver conflitos, numa tese que aborda aspectos comerciais da figura da representação, com a figura do consórcio. Ademais, a pretensão que se quis dar aqui, ao se mencionar a “estrutura doméstica”, é mais ampla e abrange não apenas os filhos sucessores, como também os escravos, sujeitos à *potestas* em todos os aspectos concernentes à gestão de negócios e celebração de negócios jurídicos. A propósito da estrutura familiar romana, e para uma abordagem crítica mais precisa e tradicional, sugerimos a leitura de SCHUPFER, Francesco. *La famiglia secondo il diritto romano*. Pádua: Sacchetto, 1876

³³ O termo comércio é aqui impropriamente utilizado em sentido mais amplo possível, e não no sentido acadêmico como parte de atividade objeto de estudo do Direito Comercial.

³⁴ O *servus actor* no direito privado romano, representava um agente, um gestor de negócios alheios, caracterizado notadamente por um escravo que fazia parte de uma determinada estrutura doméstica pela qual respondia sempre em nome do *pater familias*. Ver, neste sentido: BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Filadélfia: The American Philosophical Society Press, 1991, vol. 43, parte 2, p. 348

Atuava-se, neste caso, como instrumento do *pater*. Tratava-se de extensões da personalidade³⁵ do *pater* ou *dominus*. Atuavam, portanto, como simples veículos da vontade do *pater*, sem possibilidade de exprimir qualquer vontade própria ou pessoal.

Os *filius familias* e os servos eram, por conta desta impossibilidade de externarem vontade completa e decorrente de plena capacidade jurídica, insuscetíveis de vincularem o chefe da família por expressão de suas vontades próprias. Em decorrência disto, as vontades próprias de um servo ou de um *filius familias* somente poderiam produzir obrigações naturais a cargo deles próprios³⁶.

Estas conjunturas foram aquelas que levaram a maior parte da doutrina a defender que Roma não conheceu o conceito de representação direta, ou mesmo a figura da representação³⁷³⁸.

Alguns autores³⁹ fundam esta recusa de reconhecimento da representação direta

35 O termo é de PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. *O mandato sem representação*. Lisboa: Ática, 1961, p.49

36 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 46

37 A defesa desta assertiva é tão frequente que se faz desnecessário arrolar os autores que a afirmam, tantos e tão variados são os nomes. Ao contrário, mencioná-los a partir de uma lista exemplificativa certamente não faria jus à variegada gama de doutrinadores. Apresentamos, no entanto, a singular posição de Pietro Bonfante (*Corso di diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1979, vol. 4, p. 345), segundo a qual, em grossa simplificação que fazemos, os momentos de proximidade de determinadas situações romanas, especialmente no direito justinianeau, com a figura da representação, não demonstram que os romanos manejavam a figura, mas, ao contrário, constituem exceções que confirmam a regra de que desconheciam a figura, mas já lidavam com os problemas práticos que por ela seriam solucionados. A lógica do autor, ainda que única na doutrina majoritária consultada, é perfeitamente explicitada, e assiste-lhe a razão. Posicionamo-nos, todavia, no sentido de que a simples preocupação romana em solucionar os problemas típicos com que lida a figura da representação já é suficiente ponto de partida para que comecemos os estudos aqui empreendidos. Há de se reconhecer os recursos retóricos bem empregados por Bonfante, mas manteremos os breves estudos sobre Roma neste trabalho, senão por convicção, então em homenagem a expor o histórico da figura segundo a doutrina mais ampla, seja ela a mais apurada ou não.

38 Neste último caso, cremos ser importante firmar a posição, sempre respeitosa diante da posição doutrinária contrária de que, ainda que não se pudesse conceber representação direta em Roma, há de se admitir que a substituição ou, quando menos a “cooperação” negocial ocorreu, ainda que esporadicamente por conta da ausência de *pater familias* em momentos pontuais. Há de se admitir, sempre frisando ser esta a posição do autor, firme em QUADRATO, Renato. *Rappresentanza (diritto romano)*. In: Enciclopedia del Diritto. Milão: Giuffrè, 1987, t. XXXVIII, p. 418, que podem ser observados casos em Roma de representação indireta derivados da *cessio*.

39 Dentre os autores que adotaram esta postura, se destaca, em especial, ENDEMANN. Wilhelm. *Manuale di diritto commerciale, marittimo, cambiario*. Trad.: Carlo Betocchi. Nápoles: Jovene, 1901, e, principalmente, *Das Deutsche Handelsrecht*, 2ª ed., 1868, p. 131-2, nota 4 (esta última obra trazida em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 52, nota 32). Esta posição foi amplamente difundida perante a doutrina pós-pandectista, do final do século XIX e repercute ainda hoje na opinião de civilistas que buscam conciliar os posicionamentos de que Roma não conhecia a representação direta sem, contudo, confrontar o fato histórico de a representação ser admitida designadamente pelo direito babilônico, egípcio, judaico, ptolemaico e grego. A respeito da contradição de posições e da adoção de uma postura conciliadora adotada por Endemann, Unger e Laband, entre outros, ver ALBUQUERQUE, Pedro. *Ob. Cit.*, p. 50, nota 21

pelo sistema romano como uma forma de afirmar a soberania da autonomia da vontade pessoal e subjetiva, sendo vedado conceber a degradação da autonomia de vontade de pessoas livres como mero instrumento transitório submetido à vontade alheia. Esta posição, conquanto conciliadora, não leva em consideração a figura do nuncio⁴⁰, da qual se falará mais neste trabalho.

Jhering⁴¹, por sua vez, atribui a recusa de reconhecimento da representação direta à impossibilidade que o sistema romano oferecia de separação do ato jurídico entre causa e efeito⁴². A representação direta se colocaria entre a causa e o efeito, pela emanção de vontades distintas convergentes e atingiria, assim, a unidade do ato jurídico prezada pelo direito romano.

Cremos, com respeito aos autores mencionados, que o proclamado desconhecimento da representação voluntária entre os romanos é proveniente de uma série de fatores, dentre os quais se pode destacar diante de doutrina mais vasta, mas sem exclusão de outras explanações: (i) o acentuado formalismo do período⁴³, (ii) a concepção romana sobre a natureza do vínculo obrigacional⁴⁴, e (iii) a importância da estrutura familiar romana⁴⁵.

Não havia entre os romanos, firme na doutrina de Pedro de Albuquerque⁴⁶, diante do panorama terminológico do qual dispunha sua cultura jurídica, uma palavra que, tanto em seu significado quanto em sua abrangência, englobasse a extensão do fenômeno substitutivo na atividade negocial.

⁴⁰*Nuntius*

⁴¹ JHERING, Rudolf von. *Espírito do direito romano*. Trad.: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 176

⁴²A unidade subjacente ao ato jurídico seria formada por *ursache und wirkung* – causa e efeito.

⁴³ Neste sentido, não por considerar este fator como o exclusivo, mas por considerá-lo como um responsável pela posição da *communis opinio*: PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato...*”, p. 47; QUADRATO, Renato. “*Rappresentanza ...*”, t. XXXVIII, p. 418; e BONFANTE. “*Corso ...*”, t. IV, p. 346

⁴⁴ Os romanos avistavam na obrigação um dever de natureza particular e pessoal, de cuja transmissão não se poderia cogitar sob pena de se romper a natureza que permeava a causa – aqui entendida em sentido abstrato, mas como compositora do vínculo – da obrigação. Cite-se, sobre o exposto, os autores que forjaram o pensamento neste particular e a partir dos quais se pode aprofundar a discussão: JHERING. *Espírito...*, p. 176; SAVIGNY, Friederich Karl von. *Sistema do direito romano atual*. Trad.: Ciro Mioranza, Ijuí: Fondazione Cassamarca, 2004, p. 338; BETTI, Emilio. *Instituzioni di diritto romano*. Pádua: Cedam, 1947, p. 2; BONFANTE. “*Corso ...*” t. 4, p. 17; CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 155

⁴⁵ A este respeito, recorrer à nota 32 acima.

⁴⁶ ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 59/60. A este respeito, devemos remeter a HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 7-8; e HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – Rappresentazione*. Trad.: Claudio Tommasi. Milão: Giuffrè, 2007, p. 151

Mais adiante nesta discussão, pode-se aventar se não haveria um vocábulo que expressasse de forma suficiente a figura da representação. Poder-se-ia tomar o termo *vicarius*⁴⁷, mas não parece ser apropriado por sua amplitude. Outro vocábulo que surge é justamente *repraesentare*⁴⁸, cuja morfologia é muito mais próxima da figura moderna de representação do que o próprio sentido do termo^{49,50}.

Diferentemente do Direito Público⁵¹ romano, em que a representação está mais bem

47 Segundo BERGER, Adolf. “*Encyclopedic Dictionary...*”, p. 763, “*Vicarius* é aquele que age no lugar de outro enquanto seu substituto”. Em duas passagens do Digesto (Papianus, D., 50, 7,14 e Marcianus, D., 50,7,5, par. 4) o termo *vicarius* surge não como um substituto a atuar na intermediação negocial ou como procurador, mas referido no contexto publicista como alguém indicado para um legado municipal, num exercício de cargo público. QUADRATO, Renato. “*Rappresentanza ...*”, t. XXXVIII, p. 421, afirma que o *vicarius* não pode ser confundido com o substituto em seu sentido técnico, e é isto que buscamos neste ponto da obra.

48 Aqui tomamos emprestada a posição absolutamente contundente de HOFMANN. “*Representação...*”, p. 152, que afirma esta posição ao longo de toda a sua obra, mas é mais enfático na página citada ao asseverar que a discussão sobre se a representação direta teria sido conhecida ou não pelos romanos não comporta o termo *repraesentare*, ou qualquer de suas derivações, por não se poder identificar traços formais identificadores da figura da representação. Dentre os traços de identificação, há, por exemplo, a separação clara entre as pessoas do representante e do representado. Para uma postura contrária à de HOFMANN, ver QUADRATO, Renato. “*Rappresentanza ...*”, t. XXXVIII, p. 421, que vira na *repraesentare* o embrião da representação e que permitia, ainda que de forma superficial, vislumbrar a figura a partir da separação das partes representante e representada, como se fossem a continuação um do outro (neste sentido, também, PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. *O mandato...*, p. 48). Tanto HOFMANN quanto QUADRATO partem da mesma ideia e chegam a conclusões diferentes. Ficamos com a posição do primeiro por crermos ser a figura expressa pelo vocábulo *repraesentare* sensivelmente distante da figura da representação atual para ser classificada como seu embrião.

49 A discussão sobre saber se o direito romano conheceu a figura da representação, ainda que parcialmente, passa por saber quais eram e a amplitude de poderes concedidos a figuras como: *nuntius*, *cognitor*, *institor* e *procurator mandatarius*. A pesquisa, mais extensa e acurada no sentido apontado, por óbvio, transborda os propósitos deste trabalho.

50 A crítica sobre as abordagens historiográficas e apriorísticas oferecidas pela doutrina majoritária a partir de esquemas próprios de um período arcaico é particularmente aguda em GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. 8ª ed. Nápoles: Jovene, 1988, p. 417 e ss., em que o autor classifica a doutrina relativa à experiência romana na substituição negocial como “insatisfatória”. Para Guarino, afigura-se “anti-histórico” o tratamento das fontes romanas sob a perspectiva moderna da substituição negocial e, em nosso caso específico, da representação. Para o autor italiano, esta busca por elementos da representação modernamente concebida em documentos romanos é um erro principiológico, pois o negócio feito a partir da substituição seria assentado em bases totalmente distintas. Parece-nos acertada a crítica de Guarino, especialmente por notarmos o desenvolvimento da representação indireta no período romano com *ares* de representação direta. Explica-se esta concepção a partir do modelo romano concebido de atuação pelo *pater familias* – já mencionado na nota 32 – em que havia a clara intenção de transferir a propriedade de um bem para um determinado cidadão romano, mas o negócio era celebrado com outro que, muito embora não fosse um procurador ou um substituto como o conhecemos hoje, se fazia passar por tal na ausência de um mecanismo mais moderno de representação à época.

51 São inúmeras as figuras ligadas à administração pública romana que nos permitem a ilação de que o Direito Público era mais avançado na substituição e delegação de poderes em relação ao Direito Privado. Podemos dizer, por exemplo, que o cidadão romano podia se fazer representar por outra pessoa no *census*, ou que, atingido um determinado título honorífico perante a sociedade, o cidadão poderia encarregar um terceiro do cumprimento de suas funções perante a sociedade. Para um panorama mais completo do impacto da representação no espectro público, ver BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. 3ª ed. Milão: Soc. Editrice Libreria, 1923, p. 123 e ss. Os exemplos de representação na seara religiosa e os exemplos na ações militares também são muitos, variados e despiçando para os escopos deste trabalho. Recomenda-se, novamente, a leitura de BONFANTE e ainda BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Trad.: Pedro

delineada, no Direito Privado, alvo de nossos estudos, a polêmica sobre a figura para a sociedade romana é mais acirrada.

Dentro do âmbito de atividades de caráter particular e privatista em que intervinham terceiros na administração do patrimônio alheio, destacam-se figuras próximas às da representação que já eram delineadas no período romano, como a *negotiorum gestio*⁵² e a tutela de bens⁵³ da criança⁵⁴ e do adolescente^{55,56,57}.

Como se depreende do acima observado, os problemas de estrutura interna própria da família romana, e seus casos de incapacidade, foram alguns dos fenômenos observados na Roma antiga que fomentaram a apresentação de soluções de substituição e, na maior parte dos casos, embrionária da representação. Não foram, contudo, os únicos.

A evolução da atividade contratual entre particulares em Roma, como não poderia deixar de ser, foi, aos poucos, criando e instituindo figuras capazes de fornecer, a quem disto precisasse, substituição ou cooperação negociais.

Algumas destas figuras, pode-se afirmar, influenciaram o mandato, por exemplo, e acabaram por entremear noções de representação que nos serão caras como noções de

Bravo. Madri: Aguillar, 1973, p. 393 e ss. A delegação de poderes do Direito Público romano é ampla, mas não exaustivamente tratada por BONFANTE, “*Storia...*”, p. 88, que, dentre as inúmeras lições oferecidas, menciona: (i) os *duoviri perduellionis*, magistrados extraordinários convocados para julgamento de delitos de alta traição, e (ii) os *praefecti iure dicundo*, cargos semelhantes aos dos pretores, porém limitados tanto na matéria quanto no espaço, e que exerciam delegações prescritas legalmente para o julgamento civil de cidadãos romanos fora de Roma, em um tribunal que não o do pretor. Neste sentido, ver, inda, ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”. p. 71, nota 133.

52 Gestão de interesses alheios, esta figura que é embrionária da gestão de negócios será mencionada, ainda que não aprofundada, mais adiante.

53 Neste sentido, ver MONCADA, Luís S. Cabral de. *Elementos de história do direito romano: fontes e instituições*. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 135, autor que admite abertamente a atuação do tutor como representação direta em alguns casos de *gestio* representativa; ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”. p. 74 e ss.; SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Trad.: José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 163 e ss.; SAVIGNY, Friederich Carl von. “*Sistema ...*”, p. 26-8 e ss., e principalmente BONFANTE, “*Corso...*”, p. 603 e ss.

54 *Infantes e infantiae proximi*, segundo ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Il mandato in diritto romano*. Nápoles: Jovene, 1965, p. 3

55 *Pubertati proximi*, segundo classificação exposta por ARANGIO RUIZ, Vincenzo. “*Il mandato ...*”, p. 3

56 Quanto à insuficiência das fontes romanas e da divergência de aplicação da doutrina na questão da tutela entre os romanos, ver SCHULZ, Fritz. “*Derecho ...*”, p. 163. Na obra, o autor critica a inexatidão das fontes a respeito deste instituto e ressalta controvérsias entre as fontes preponderantes durante o direito justiniano.

57 Em sentido diverso, e suscitando que o tutor era – ou teria passado, em algum momento a ser – ele próprio o titular do que era transmitido, ARANGIO RUIZ, Vincenzo. “*Il mandato ...*”, p. 3. Da exposição do autor, com a qual não se concorda, mas que se permite aqui alongar, pensar-se-ia não haver a substituição, porquanto a propriedade seria transferida não para o herdeiro, mas para o tutor. Tratar-se-ia, se assim for, de uma transferência simples. As fontes insuficientes neste mister para a reconstrução dogmática do instituto, e mencionadas na nota acima, seriam as responsáveis por esta contradição doutrinária não ser sanada ou diminuída.

origem da figura aqui estudada⁵⁸.

A evolução do comércio em Roma⁵⁹, por exemplo, estabeleceu com proeminência a figura do *institor*⁶⁰, atribuída a escravos libertos ou a servos alheios, o que fez com que a forma jurídica deixasse de ser regulada exclusivamente por normas internas à estrutura doméstica e passasse a sofrer influências externas, notadamente da figura – de Direito Público a princípio – da *locatio operarum*⁶¹, e, posteriormente, da *societas*⁶².

A existência de intervenção de terceiros na condução de negócios alheios na Roma não deixa quaisquer dúvidas da limitação do brocardo de que a cada um compete gerir seus próprios interesses.

Sempre temos de nos recorrer à possibilidade de que não pudesse, à época, haver a perfeita distinção entre representante e representado a configurar com exatidão a figura⁶³.

É de se rechaçar, com o devido respeito e por tudo já exposto, o purismo dos autores que não reconhecem a representação – em especial a direta – em Roma por

58 Aqui, a propósito, recomenda-se a leitura de BETTI, Emilio. *Instituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Pádua: CEDAM, 1947, p. 220, em que o autor trata dos diferentes tipos de *locatio*, atribuindo, aos diferentes tipos e formas, diferentes conceitos e fugindo da solução majoritária de atribuir à *locatio* um conceito unitário, independentemente do seu objeto. Em defesa da posição majoritária, ver, por todos, ARANGIO RUIZ, Vincenzo. “*Il mandato ...*”, p. 4. Ainda em defesa desta posição majoritária e atribuindo à *locatio operarum* um lugar de destaque na história do mandato, ALBUQUERQUE, que assevera que “a figura da *locatio operarum* ter-se-ia desenvolvido a partir da prática levada a cabo pelo estado romano de deixar os respectivos trabalhos serem realizados por outrem” (“A representação... p. 88)

59 O desenvolvimento econômico – fator característico de estudo do Direito Comercial e sobre o qual se abordará mais adiante – de Roma é fator de consenso entre a doutrina como circunstância social que alterou o modo de abordagem romana da substituição e cooperação negocial. Por todos, acerca deste assunto, ver SAVIGNY, Friederich Karl von. “*Sistema ...*”, p. 90 e ss.

60 CERVENCA, Giuliano. *Institor*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. 3ª ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, t. VIII, p. 756-7

61 Há autores que sustentam haver pouca ou nenhuma relação ou influência da figura da *locatio operarum* ou *operis* com relação ao mandato. Assim, e por todos, ver ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 387.

62 Para ZIMMERMANN, “*The law of...*”, p. 468 e ss., muito mais importante do que a *locatio*, destaca-se como o ponto de partida para o desenvolvimento do mandato e da representação, a *societas*. A doutrina majoritária, ainda que defenda a importância das regras da *locatio* como complementares às da figura do *institor*, concorda com a afirmação de que há notável desenvolvimento da figura escorada à da *societas* romana, aproximada ao consórcio *ercto non cito* (ver nota 32 *supra*). Para WATSON, Alan. *Contract of mandate in Roman Law*. Aalen: Scientia Verlag, 1984, p. 10, O primeiro passo consistiu no reconhecimento de que os sócios podiam autorizar qualquer um dentre eles, por intermédio de um mandato expresso ou implícito, a praticar atos compreendidos dentro do objetivo comum da *societas*. Desde então, passou-se pouco até que o detentor de um mandato implícito para gerir os negócios sociais fosse visto como *institor*.

63 Sobre esta discussão e a insuficiência da historiografia das fontes, remetemos a SCHULZ, Fritz. “*Derecho ...*”, p. 163 e ss. A propósito, ainda, afastamos a ideia de que o sistema romano impedia a percepção, mesmo que parcial, das pessoas ou, talvez melhor, das vontades de representante e representado. Enquadrar a figura moderna na sociedade romana é um erro que, dentre muitas impropriedades, pode ser condenado por desconsiderar a evolução histórica e social da figura.

compará-la com a visão moderna da figura⁶⁴.

Seria possível avançar muito mais longe neste pequeno desfile de figuras jurídicas romanas afeitas a um exórdio da figura da representação.

O alongamento neste sentido, todavia, não apenas descuidaria o intuito deste trabalho, como exporia o autor ao desconhecimento de figuras mais ricas e carentes de estudo, próprias do período ora levantado. A pesquisa exposta, ainda que eventualmente carente para um romanista, parece-nos apropriada para o foco almejado, qual seja, o de demonstrar cabalmente a importância da representação – indireta, certamente, e até mesmo direta – na *civitas*.

- Gestão de negócios alheios em Roma e o Mandato

Sem a pretensão de engrandecer o direito comercial de forma desmedida e sem relegar a um segundo plano a importância indiscutível do *ius civile*, assentamos que um dos principais fatores de desenvolvimento da substituição negocial foi o progresso econômico-comercial de Roma.

O epicentro das mudanças econômicas para a gênese de figuras alternativas de negociação e conclusão de negócios foi a necessidade crescente de celebração de negócios entre pessoas distantes⁶⁵.

Dentre as múltiplas influências, pode-se citar a insuficiência de substituições materiais e formais, como as formas epistolares e a nunciatura⁶⁶, que fizeram por surgir o encargo acometido a uma pessoa de confiança que realizaria um ou mais negócios em nome do instituidor daquele encargo.

64 Neste sentido e de forma incisiva, com a qual concordamos, ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...” p. 99: “Representação cuja qualificação enquanto tal não depende de quaisquer considerações dogmáticas. É antes a verificação da existência de uma série de similitudes substanciais entre, por um lado, as diversas formas de substituição ou cooperação admitidas pelo direito romano e a moderna figura da representação jurídica, por outro, a ditar o enquadramento das primeiras na segunda.” E continua: “Similitudes que, numa abordagem fundamentalmente pragmática e desprovida de pruridos conceituais, se podem, eventualmente, detectar quer ao nível dos efeitos prático-jurídicos quer ao nível dos interesses subjacentes às diversas formas de substituição e cooperação jurídica em análise”.

65 Sobre as alterações do sistema econômico romano e os negócios *inter absentis*, sugere-se GUARINO, Antonio. *Diritto privato...*, p. 421

66 Falar-se-á mais acerca da nunciatura mais adiante.

Este “instituidor”⁶⁷ sofria os efeitos dos negócios concluídos pelo escolhido de sua confiança e indenizava-lhe os custos de sua atuação⁶⁸.

O surgimento desta figura de *mandatum* é, para a maioria doutrinária⁶⁹, fruto da influência mutativa exercida pela *ius gentium*. O “direito das gentes” costumava reconhecer e tutelar de forma pioneira os contratos consensuais⁷⁰.

Esta figura do *mandatum*, operada de forma gratuita e lastreada na *bona fides* entre *mandator* e *mandatarius*, teria, à época de seu surgimento – momento do qual se está a tratar, uma configuração muito mais próxima da representação indireta do que propriamente da representação direta⁷¹.

O *mandatum* era um contrato estipulado no interesse do mandante, conferindo-lhe o direito de exigir do mandatário o fiel cumprimento dos encargos^{72,73}.

67 Com alguma divergência doutrinária que optamos por desprezar para os efeitos deste trabalho, o instituidor do encargo era reconhecido como *mandator*, o encarregado como *mandatarius* e o encargo em si como *mandatum*. Pela doutrina amplamente majoritária leia-se ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 100

68 Aqui caberia uma melhor configuração do contrato consensual de *mandatum* e que faremos de forma insuficiente, com o perdão de quem este trabalho consultar. A amplitude de formas previstas para a estipulação contratual do *mandatum* é de tal forma elástica, que o alongamento em seu estudo, mais além do que se tratará *infra*, seria exagerado.

69 Sobre o assunto, ver: PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “O mandato...”, p. 33 e ARANGIO RUIZ, Vincenzo. “Il mandato...”, p. 44

70 Posição fortemente defendida por ARANGIO RUIZ, Vincenzo. “Il mandato...”, p. 44. Para o autor, a exigência de contratos consensuais, em especial do *mandatum*, se manifestava a partir das exigências provenientes das atividades comerciais desenvolvidas a partir do século III a.C. nos mercados mediterrâneos explorados/utilizados pelos romanos.

71 A afirmação deve ser cotejada com o contexto histórico. Mais uma vez convém o apelo de que não se force imaginar as figuras modernas de representação direta e indireta e de mandato com a figura romana embrionária do *mandatum*. A escrita na forma romana é mais uma forma de separar figuras parecidas, mas diferentes, uma antecessora da outra. A confusão entre mandato, procuração e representação é antiga e, de certa forma, ainda persiste. Diante de uma dificuldade histórica de separação das figuras, é salutar fazermos as diferenciações desde os primórdios e contextualizar as figuras próximas, a fim de não inserirmos mais figuras (antigas) nesta já suficientemente penosa separação de conceitos e formas.

72 Há aqui uma divergência entre os tipos de *mandatum*, que levantaremos apenas a título de curiosidade e para melhor compreensão do contrato. Para GAIUS, *Institutas*. Trad. Alfredo di Pietro. La Plata: Ediciones Libreria Jurídica, 1967 (ver D. 17, 1, 2, 5), o *mandatum* era classificado em três diferentes tipos, a depender do interesses perseguidos pelo contrato: *mandatum aliena gratia*, *mandatum mea gratia* e *mandatum tua gratia*, forma observada pelo autor como inválida por se aproximar do *consilium* e não ser vinculante como o *mandatum* (ARANGIO RUIZ, Vincenzo. “Il mandato...”, p. 121). Já para JUSTINIANO, *Institutas*. Trad. Spencer Vampre. São Paulo: Magalhães, 1915, (ver I.J., 3, 26, 5), o *mandatum* era classificado em seis diferentes tipos, a saber: *mandatum aliena gratia*, *mandatum mea gratia*, *mandatum tua gratia*, *mandatum mea et tua gratia*, *mandatum mea et aliena gratia*, e *mandatum tua et aliena gratia*. Seguindo as ideias de ARANGIO RUIZ, cremos que a dissonância classificativa se observa muito mais em razão do desenvolvimento prático do contrato nos anos que separam os juristas do que propriamente numa classificação díspar. As explicações acerca de cada interesse pretendido por cada tipo de *mandatum*, contudo, é tida por superficial à proposta deste trabalho e recorreremos à recomendação das obras dos juristas romanos para aqueles que desejarem aprofundamento maior.

73 Acerca da classificação prática da qual se ocupa a nota acima, há extensa discussão acerca da validade ou

A evolução do direito romano na seara de substituição – ou neste caso, melhor dizendo, cooperação – negocial é reconhecida não apenas a partir do advento do *mandatum*, como, nas esferas dos negócios não-formais⁷⁴, em inúmeras outras situações, dentre as quais podemos destacar a possibilidade de se endereçar um recurso a um representante na *possessio*⁷⁵, com a finalidade de se adquirir um direito.

Outro exemplo do exercício de figura de vinculação jurídica por ato de terceiro, vizinha da representação na Roma clássica e no período justiniano é a figura do procurador⁷⁶, reconhecido na vida social romana como alguém que cuida dos negócios

não do *mandatum tua gratia* e de sua proximidade com o *consilium* e outras formas práticas de atuação, bem como a produção de efeitos deste tipo específico de *mandatum*. Por todos e indicando extensa bibliografia sobre o assunto, bem como a exposição de posições de doutrinadores proculianos e sabinianos e de abordagens pós-modernas da discussão, ver ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p.110-119

74 Aqui é importante destacar que esses pioneirismos da figura representativa eram observados dentro do *ius gentium*, para uma posterior construção dogmática do *ius civile*. A ressalva da diferença de sistemas é importante, não apenas favorece uma posterior demonstração clarividente de enquadramento de categorias ontológicas entre direito civil e direito comercial, mas refuta a teoria purista e majoritária de que não houve representação direta em Roma com esteio na necessidade de observância de requisitos formais. Neste sentido, e que acompanhamos, a proposição de reconstrução de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p.10 e ss. e p. 120, firme na doutrina de Hans Kreller, que estuda os atos e negócios de Roma a partir dos efeitos jurídicos por eles produzidos. A reconstrução da figura representativa a partir dos efeitos jurídicos tem o condão – e nos arriscaríamos até mesmo a dizer que tem o “mérito” – de demonstrar, até mesmo às doutrinas mais tradicionais que rechaçam a representação direta no período clássico de Roma, haver um paralelismo entre os efeitos produzidos pela figura representativa e por formas de vinculação jurídica na Roma clássica que não tem o reconhecimento de primórdios da representação por faltar-lhes, por exemplo, elementos categóricos de composição da figura, tais como: a *contemplatio domini* e o poder de representação. A diferença dogmática entre as figuras é reconhecida e amplamente divulgada, mas não vemos por que motivos não se há de falar em uma construção representativa rudimentar. Nossa abordagem, acompanhando a doutrina menor já mencionada nesta nota, adota a postura de relacionar as figuras, reconhecendo suas diferenças, mas acentuando sua proximidade de efeitos. Estas diferenças são o que nos impedem de produzir uma obra mais extensa, que detalhe as figuras jurídicas romanas de vinculação por ato de terceiro de forma mais detalhada, mas que nos impinge a tarefa de mostrar-lhe os mais breves contornos como forma de destacá-los em seu pioneirismo cooperativo. Em nossa defesa, surge HAMZA, Gabor. *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*. In: Index: quaderni camerti di studi romanistici. Nápoles: Jovene Editore, 1972, p. 196, que dispõe que o sem o cotejo com a figura moderna, exceto pelos efeitos jurídicos produzidos, o negócio dispositivo romano afigura-se vizinho do instituto da representação.

75 JHERING, Rudolf von. *Posse e interditos possessórios*. Trad.: Aderbal de Carvalho. Salvador: Progresso, 1959, p. 155-72, e, ainda, ARANGIO-RUIZ. Vincenzo. “Il mandato ...”, p. 49, que admite a aquisição da posse por meio de procurador – *procurator* – mas silencia quanto à possibilidade de que o *procurator* obtenha a propriedade também em nome de terceiro.

76 O estudo da figura do procurador em Roma foi mais bem delineado e concebido a partir do período de estudo empreendido pelos pandectistas no século XXVIII e, principalmente, XIX. A concepção acima traduzida é advinda da obra de SCHLOSSMANN. *Der Bestitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigen Rechts. Ein beitrage zun lehre von der Stellvertretung*, em *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1884, p. 89, a qual só tivemos acesso a partir da crítica parcial empreendida – e em *apud* – por SCIALOJA, Vittorio. *Scritti giuridici: diritto romano*. Roma: Anonima Romana, 1932, p. 97. A partir de Scialoja, que menciona o excerto e o atribui a Schlossmann, há a crítica a respeito de se chegar a essa propositura do *procurator* como um gestor de negócios diante de posições tão divergentes encontradas no Digesto. O próprio autor italiano, no entanto, concorda ao final que a posição elaborada por Schlossmann é a mais provável. Esta mesma tese atribuída a Schlossmann é, posteriormente, traduzida na obra de BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii*. Turim: Unione tipographico-editrice torinese, 1925, t. III, p. 250, que atribui a Justiniano – à reforma jurídica de seu período, na verdade – um ciclo de redução dos

alheios, um beneficiário ou um liberto, da confiança do *dominus*, mas que não se encontrava a ele ligado por nenhum vínculo jurídico⁷⁷.

O procurador desempenha importante papel no período clássico romano e, mais ainda, no período *justinianeau*. Com a reforma jurídica justinianeau⁷⁸, à figura do procurador é atribuído um caráter mais formal e sua ligação com o contrato de *mandatum* – que não era o instrumento por excelência para a atribuição de poderes ao procurador, mas apenas um deles⁷⁹ – passa a ser mais estreita.

Para alguns autores, há neste momento a fusão entre mandato e procuração⁸⁰. Tratar-se-ia da “entrada no mundo do direito”⁸¹ de uma figura reconhecida pelo *ius gentium*. Trataremos deste momento logo abaixo.

poderes e atribuições conferidas ao procurador, possivelmente inspirado por largas faculdades concedidas ou permitidas anteriormente. Bonfante ainda liga o procurador ao *mandatum*, apesar de admitir que o procurador pudesse agir sob outras formas jurídicas e, até mesmo, sob nenhuma forma material, exceto pela veste da fidúcia.

⁷⁷ O procurador era instituído pela *procuratio*, surgido no que convencionamos mais acima denominar estrutura doméstica romana. A ligação com a família era clara, em especial se considerarmos que aqueles que exerciam o *munus* de procuradores eram, na maioria das vezes, escravos libertos que atuavam com fidúcia em nome e ligados ao *pater familias* (ARANGIO-RUIZ. Vincenzo. “*Il mandato ...*”, p. 52). A *procuratio* se constituiu num rápido meio de conferir ao *dominus* a possibilidade de ampliar o espectro de seus negócios e triunfar perante a complexidade econômica que se apresentava, de forma mais rápida e por intermediários mais aptos do que os já mencionados *servus actor* ou os *filius familias*. Surge, aqui, discussão sobre se a *procuratio* teria ou não natureza jurídica relevante ou se seria uma figura meramente decorrente da praxe social. Para WATSON, Alan. “*Contract of mandate ...*”, p. 11, a *procuratio* consistia em praxe socialmente admitida e somente passou a ter relevância jurídica no período de Justiniano. Concordamos com a orientação dentro da ótica histórica, mas ressaltamos que uma “praxe” amplamente utilizada nos negócios, constitui direito, ainda que não delimitado. Não pode o Direito fugir às raías de suas ocupações sociais e somente admitir aquilo que é regulamentado. Em especial não pode o Direito Comercial assim proceder. Numa tese que se filia à doutrina comercialista, nossa posição não poderia ser outra senão a de admitir a *procuratio* em sua forma mais ampla, desde a Roma clássica, ainda que não devidamente regulamentada e com contornos razoavelmente desconhecidos da doutrina moderna.

⁷⁸ O termo “reforma jurídica” para este ciclo histórico afigura-se inapropriado e é propositadamente inserido neste contexto apenas para demonstrar a evolução da figura do procurador, como um modelo contínuo de negócio dispositivo romano.

⁷⁹ O instrumento mais comum de outorga de *actio* ao procurador era a *procuratio*. Na época clássica, o instrumento não guardava relação direta com o embrionário contrato de *mandatum*, passando a haver uma conexão entre ambos a partir do direito *justinianeau*, conforme nota abaixo.

⁸⁰ Para BONFANTE, Pietro. “*Scritti...*”, p. 250, a fusão entre os institutos clássicos do mandato propriamente dito e da procuração se dá com o mandato *justinianeau*. Neste sentido, ainda, ALBERTARIO, Emilio. *Studi di diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1936, t. III, p. 497, que, a partir da tese de Bonfante, sustenta sermos conduzidos à diferença entre mandato geral e mandato especial. É possível, diante da formulação de Albertario, tentar estabelecer um paralelo com a *vollmacht*, que representaria, grosso modo, os plenos poderes do *mandatum*. Esta afirmação, contudo, é audaciosa, pois o termo germânico *vollmacht* já foi traduzido para o nosso léxico específico com a gama mais ampla possível de significados. Dentre os significados, e ainda dentro do contexto romano em que está inserida a discussão, ficamos com a definição de WINDSCHEID, Bernhard. “*Diritto delle pandette*”. Trad.: Carlo Fada e Paolo Emilio Bensa. Turim: Unione tipographico-editrice torinese, 1925, t. I, p. 357 e ss., que coloca a *vollmacht* como qualquer forma de poder jurídico, no campo da representação, de disposição sobre o patrimônio alheio. Sobre os múltiplos significados de *vollmacht* na representação e a solução do legislador alemão, se verá mais adiante.

⁸¹ O termo é de ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 130

Ademais, o período romano *justinineau*, e talvez até mesmo o final do período clássico, já podiam demonstrar algumas das raízes da doutrina moderna que trata da figura da representação por intermédio das ações do pretor⁸². Estas ações⁸³ permitiam que o terceiro que contratasse com o *servus*, o *filius* ou um *extraneus*⁸⁴ demandasse o *dominus*⁸⁵ que tivesse concedido sua autorização explícita para a prática do ato⁸⁶.

Após as ações do pretor, pode-se dizer que cronologicamente para a figura da representação o próximo passo dado, ainda em Roma, é o desenvolvimento da *procuratio* e o reconhecimento da figura do procurador na sociedade romana, um elemento importante de transição entre a tradição e a modernidade⁸⁷.

Destacam-se, neste período pós-pretoriano⁸⁸, duas formas de *procuratio*, aquelas

82 Neste sentido, e com lastro na obra de JUSTO, Antonio dos Santos. *Direito privado romano II – Direito das obrigações*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 396, buscamos as ações do pretor que teriam fomentado esta posição do autor, secundada posteriormente por ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 140, e acabamos por achar uma extensa bibliografia acerca das *actiones adiecticiae qualitatis*, dentre as quais limitamo-nos a mencionar WINDSCHEID, Bernhard. “Diritto ...”, p. 1107; HUPKA, Josef. “Representacion ...”, p. 15 e ss.; e SAVIGNY, Friederich Karl von. *Le obbligazioni*. Trad.: Giovanni Pacchioni. Turim: Unione tipographico-editrice torinese, 1915, p. 24 e ss. Savigny é enfático ao assegurar as ações pretorianas como inovadoras no campo da substituição negocial, mas trata-as como um desvio – a exceção que confirma a regra – do brocardo romano que proibia a celebração de contratos que produzissem efeitos na esfera jurídica de terceiros

83 Pretorianas e designadas *actiones adiecticiae qualitatis*.

84 Este, como já vimos, foi permitido posteriormente a partir da consolidação da prática consuetudinária consagrada pelo *ius gentium*

85 Era possível a um terceiro demandar o *dominus* ou o *pater*, por um ato de terceiro, mas o contrário – o *pater* ou *dominus* demandar por este ato – não era possível, a princípio, a não ser por ação específica, a *actio quae cessicia*. ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 141, nota 533

86 São inúmeros os atos que poderiam ser praticados em favor do *dominus* ou do *pater*. Dentre os quais podemos citar: o comando de um navio (*actio exercitoria*), a já mencionada gestão de um estabelecimento (*actio institoria*), a atribuição de um *peculium* (*actio tributaria* ou *de peculio*), o enriquecimento do *dominus* (*actio de in rem verso*). Neste sentido, ver HUVELIN, Paul. *Études d'histoire du droit commercial romain*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 177 e ss. Sobre a importância da *actio exercitoria* e da *actio institoria* e a precedência de uma sobre a outra cronologicamente sugere-se a leitura de HUVELIN, Paul. “Études...”, p. 177 e SAVIGNY, Friederich Karl von. *Le obbligazioni*, p. 24, autores que divergem quanto à data e amplitude das mencionadas *actiones adiecticiae*, sendo a posição de SAVIGNY tida como majoritária (ver, ainda, WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all'actio*. Trad.: Giovanni Pugliese. Florença: Sansoni, 1954; e PUGLIESE, Giovanni. *Instituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Turim: G. Giappichelli, 1990, obras em que a posição doutrinária majoritária é manifestada). HUVELIN, em sua obra, ao tratar do surgimento do direito comercial, eminentemente marítimo à época, trata da figura da *actio institoria* como a evolução da figura da *actio exercitoria* (“Études...”, p. 178). A posição do autor francês, acurada no sentido de tratar a *actio institoria* como evolução da *actio exercitoria*, traz, talvez, uma crítica à sua posição minoritária de entender que há dúvidas quanto à datação e ordem de precedência das figuras. A interpretação oferecida pelo próprio HUVELIN em sua obra parece legitimar o raciocínio de que os pretores romanos poderiam ter “economizado” seus esforços na criação da *actio exercitoria* se já fizessem uso da *actio institoria*. Para SOLAZZI, Siro. *Scritti di diritto romano*. Nápoles: E. Jovene, 1957, t.IV, p. 251, a posição de que a *actio institoria* é a evolução da *actio exercitoria*, é perfeitamente subsumível ao fato de que o capitão de navio nada mais era do que um *institor*.

87 QUADRATO, Renato. “Rappresentanza ...”, t. XXXVIII, p. 423

88 A referência não é acadêmica e nem histórica e serve meramente para que se adote uma cronologia de figuras romanas.

concedidas pelo *dominus* a seus pares, e, em escala muito maior e mais desenvolvida, aquela concedida a escravos e libertos ligados ao *dominus* e à sua estrutura doméstica por uma dependência econômica⁸⁹.

A dependência econômica e, mais ainda, a submissão hierárquica eram os elementos internos da relação entre o *procurator* e o *dominus* ou *patronus*. As decisões não eram lastreadas por qualquer vínculo contratual à época⁹⁰.

Esta relação hierárquica tem seu primeiro reconhecimento de um caráter negocial a partir da *actio negotiorum gestio*⁹¹, evolução necessária da importância da figura do procurador na sociedade romana e do desenvolvimento econômico que a aplicação da substituição negocial trazia.

Aos poucos, no início do período imperial, a relação de fidúcia – base sobre a qual surge a *procuratio* – vai se desgastando. Diante dos problemas em se estabelecer uma relação leal que retratasse a subserviência do *procurator* e, ao mesmo tempo sublinhasse a sua importância, surge a necessidade de se estabelecer à relação interna de substituição uma roupagem contratual⁹².

89 Denominado *procurator omnium bonorum* (CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953, v.2, em referência e confronto com as Institutas de Gaius, 4, 10) em que possuiria, pela primeira vez, amplos poderes de administração. A denominação escolhida para significar o *procurator* com poderes gerais de administração é apenas aquela mais utilizada pela doutrina (ver, por todos, BONFANTE, Pietro. “*Scritti...*”, t. III, p. 258). Para um estudo mais apropriado das denominações utilizadas em sinonímia com a figura descrita, sugerimos a leitura de ALBERTARIO, Emilio. “*Studi ...*” t. III, p. 497, autor que nos ensina que, além do simples termo *procurator*, para designar o procurador com poderes gerais de administração, os romanos se utilizam de *procurator omnium rerum* (com base em Cícero), *procurator rerum suarum* (Paulus), e, ainda, *procurator totorum bonorum* (Modestinus). Na esteira dos estudos empreendidos por Albertario, WATSON, Alan. “*Contract...*”, p. 51 critica os trechos interpolados que levaram os autores clássicos a suas análises da *procuratio*, para, ao final, a partir de seus próprios empreendimentos historiográficos, chegar a conclusões próximas daquelas inicialmente criticadas. Em ambos os autores, a *procuratio* é tida como uma figura do período clássico, mas seu desenvolvimento é pós-clássico. Há dúvidas sobre a figura do *procurator unius rei*, instituído para um único negócio ou fim. Albertario (“*Studi ...*” t. III, p. 498) defende que a figura é eminentemente pós-clássica e posterior ao *procurator omnium bonorum*. Watson defende que a figura é amplamente utilizada pelo período pós-clássico, mas pode ser anterior e critica a utilização de trechos tidos por interpolados das Institutas de Justiniano como base para as ponderações histórico-críticas.

90 Daí a crítica de ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 152 à adoção, por parte de Ulrich Müller, *Die Entwicklung der direkteng Stellvertretung*, (obra a qual não tivemos acesso e mencionada em *apud*) e de parte da doutrina alemã, do termo *Generalmandat*.

91 Neste sentido ALBERTARIO, Emilio. “*Studi ...*” t. III, p. 497; WATSON, Alan. “*Contract...*”, p. 51; SOLAZZI, Siro. “*Scritti...*”, t.II, p. 557; e ARANGIO-RUIZ. Vincenzo. “*Il mandato ...*”, p. 62, autor que menciona Sêneca para justificar que a clareza da distinção entre mandato (*actio mandati*) e procuração (*actio negotiorum gestio*) na sociedade romana era tão indiscutível que poderia ser encontrada em textos que não possuíam viés jurídico. A posição do autor italiano, polêmica, é aqui apresentada por sua espontaneidade e pioneirismo, mas merece críticas da doutrina especializada. Para tanto, ver SOLAZZI, Siro. “*Scritti...*”, t.II, p. 557

92 Esta evolução da figura demonstra que a posição de Vincenzo Arangio-Ruiz (ver nota 91 *supra*) de que

Este é o momento em que o *mandatum iuris gentium* aproxima-se da *procuratio*, conferindo a uma figura mais estanque romana características mais maleáveis.

A explicação para a aproximação das figuras é, como acontece no Direito Comercial, decorrente da necessidade negocial apresentada pelo contexto histórico-social.

Com o reconhecimento da importância do *procurator*, que, lembremos, agia em exclusiva base fiduciária submetido hierarquicamente em uma estrutura doméstica rígida, Roma passa a ter procuradores libertos, num primeiro momento, e desligados economicamente de seus *dominus* ou *patronus*, num segundo momento.

Com a dificuldade em se manter a relação pela simples subserviência doméstica, passa-se à necessidade de se construir um enquadramento negocial para a relação interna. Este enquadramento é o *mandatum*.

Em apertada síntese, o *mandatum* passa a ser o lado interno de uma relação cujo lado externo é a *procuratio*^{93,94,95}.

haveria clareza de distinção entre mandato e procuração em Roma é parcialmente correta, pois remete, possivelmente, ao período clássico e, ainda assim, não há convicção na afirmação de que eram figuras absolutamente distintas. O próprio autor, pouco antes em sua obra (*“Il mandato ...”*, p. 52), estatufra que a degradação da fidei seria um elemento que aproximava a *procuratio* do esquema contratual do *mandatum*
93 A frase, que sintetiza perfeitamente a relação subjacente entre os institutos romanos, é obra de ARANGIO-RUIZ. Vincenzo. *“Il mandato ...”*, p. 53.

94 Esta é a estrutura que permite a ALBERTARIO, Emilio. *“Studi ...”* t. III, p. 500 concluir que o nascimento da figura do *procurator unius rei* (ver nota 89 *supra*) se dá no momento da fusão entre mandato e procuração. Ademais, é razoável concluir a partir das ponderações sobre a figura que o *procurator unius rei* nada mais é um mandatário com poderes específicos

95 Ainda a respeito desta formação romana, deparamo-nos com uma perigosa, porém inegável, relação de proximidade da evolução da figura do *mandatum* com a *praepositio*, figura sensivelmente abstrata e que comportava dentro de si a autorização para a celebração de uma série de negócios, e sobre a qual se falará mais adiante, apenas a título de conceituação já que seu estudo aprofundado foge ao escopo deste trabalho. Para o aprofundamento na figura e na relação de proximidade com o *mandatum*, sugerimos a leitura de WATSON, Alan. *“Contract...”*, p. 79, em que a extensão de ações processuais tipicamente utilizadas para vincular os *dominus* por atos de seus mandatários – as ações adjetivas – aos atos de prepostos é tida como um exemplo da proximidade entre as figuras e do crescimento da doutrina da substituição. Neste caso, como nos outros, a substituição processual precede a substituição negocial, muito embora se possa falar de clara influência entre os campos.

Quanto às ações adjetivas, no entender de SOLAZZI, Siro. *“Scritti...”*, t.I, p. 292, o período justiniano pós-clássico – e, posteriormente, o período pré-glosas até o século XI – incorreu na impropriedade de atribuir a figuras similares ações idênticas duplicadas e com nomes diferentes. Assim, por exemplo, a *actio directa* e a *actio quasi institoria*, que tratariam da mesma questão processual, agindo, desta forma, em duplicidade no ordenamento do Baixo Império.

Não temos dúvidas de que os avanços dos períodos clássico, pós-clássico e justiniano de Roma não apenas na figura da representação, como em outras ciências, campos de estudos e até mesmo na simples evolução da sociedade, foram relegados durante o período de invasões bárbaras. Este hiato, que para Siro Solazzi significou a soberania justiniana sobre o período clássico, acabou por trazer institutos que já eram conhecidos e que, por motivos óbvios de desnecessidade e precedência teórica não serão por nós abordados. Passar-se-á, deste ponto, às glosas, no próximo período histórico que interessa ao estudo da representação.

Em suma, apesar de perdurar até o período *justinianeau*⁹⁶ o aforismo romano⁹⁷ que proibia a aquisição de direitos e a imputação de obrigações por meio de um intermediário livre, este brocardo foi amplamente desmentido pela prática romana desde o período clássico.

Assim, justificada a introdução histórica da figura da representação abordando – desde o início⁹⁸ – o período romano.

Período das Glosas e Comentários

Assim como nas buscas por resquícios, traços ou até mesmo pelo enquadramento da teoria da representação no período romano, a contextualização histórica aqui proposta procura, tanto quanto possível, apresentar as ideias correspondentes à estrutura da época⁹⁹ e os traços da figura da representação que poderiam ser vislumbrados desde então¹⁰⁰.

96 QUADRATO, Renato. “*Rappresentanza ...*”, t. XXXVIII, p. 426

97 QUADRATO, Renato. “*Rappresentanza ...*”, t. XXXVIII, p. 426 faz uma análise mais precisa do princípio “*vulgo dicitur, per extraneam personam nobis adquiri non posse*” expresso em Gaius, 2, 95, em que se considera que *extraneam* só pode ser considerada no sentido de *liberam*, entre outras menções e apontamentos sobre impropriedades de rigor, como, por exemplo, a expressão imprecisa *vulgo dicitur*.

98 Descarta-se aqui o período arcaico como berço da figura da representação. Ver, por todos, HUPKA, Josef. “*Representacion ...*”, p. 2

99 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad.: A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 44 e ss.; KOSCHAKER, Paul. *Europa y el derecho romano*. Trad.: José Santa Cruz Teijeiro. Madri : Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 140 e ss.; COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Trad.: Antonio Pérez Martín. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1996, t.I, p. 7 e ss.

100 A abordagem histórica aqui proposta é lastreada principalmente nas seguintes obras, a partir das quais se seguiu um caminho de aprofundamento da figura representativa: BESTA, Enrico. *Obbligazioni nella storia del diritto italiano*. Pádua: Litotipo, 1926; SAGGESE, Francesco. *Rappresentanza: nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*. Nápoles: Jovene, 1933, p. 8 e ss.; CALASSO, Francesco. *Introduzione al diritto comune*. Milão: Giuffrè, 1951, p. 159 e ss.; CALASSO, Francesco. *La “convenientia”: contributo alla storia del contratto in Italia durante l'alto medio evo*. Bologna: N. Zanichelli, 1932 (o autor ainda possui uma obra sobre a influência do período dos glosadores na formação do conceito de soberania e seus desdobramentos no direito público. A obra, em cujo conceito se buscou a formação da estrutura social do período de comentadores, não é aqui mencionada porquanto seu viés é eminentemente publicista, e nos serviu apenas como conceituação de determinados parâmetros de estudo); STORCK, Michel. *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 78; POPESCO-RAMNICEANO, René. *De la représentation dans les actes juridiques: em droit compare*. Paris: Duchemin, 1927, p. 184. A escolha destas obras, ao lado daquelas já apresentadas *supra*, além de atender à possibilidade de que o leitor consulte as fontes inspiradoras da formatação histórica escolhida para esta obra, também explica que a abordagem é, como em quase todo o direito pátrio, limitada à influência exercida no período de glosas pelos povos bárbaros franco-germânicos. A abordagem destes autores obedece à reconstrução pandectística do direito romano e de sua evolução até o século XIX passando, obviamente, pela influência tardia exercida pelos romanos após as denominadas invasões bárbaras. Influências celtas, eslavas, entre outras, serão consideradas apenas e tão somente na medida de sua integração com a dogmática romano-germânica nesta reconstrução histórica.

O período das glosas inicia-se com a ideia de Roma ainda bem formada nas sociedades fragmentadas que se constituíam diante da disputa de poder, em especial na formação de um império romano-germânico que constitui o apogeu do imperialismo¹⁰¹ de Roma fora do período romano clássico propriamente dito¹⁰².

Essa reorganização hierárquica e aristocrática que levou ao império romano-germânico na Idade Média teve como principal consequência jurídica, nos dizeres de Pedro Albuquerque¹⁰³, a elevação do direito romano a uma categoria de direito natural^{104,105}.

A proximidade do direito romano trouxe, em princípio, os mesmos recursos de outrora para não se ultrapassar o princípio da proibição de se estipular para outrem¹⁰⁶, valendo-se os glosadores de uma lista de exceções permitidas a esta regra¹⁰⁷.

Surge, a partir destas exceções catalogadas, a primeira figura de destaque para o desenvolvimento da figura representativa, que era aquela pela qual era permitida a celebração de contratos por intermédio de juízes, tabeliães e outras pessoas públicas, em

101 O termo aqui é empregado em seu sentido de constituição político-social de Império e não no sentido sócio-econômico pejorativo em que é costumeiramente utilizado hoje.

102 Neste aspecto deve-se remeter à dinastia Hohenstauffen e à luta do império Saxão dos Othon com o império sálico (entre outros, e por todos, ver WIEACKER, Franz. “História ...”, p. 29)

103 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 180

104 Assim também SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Storia del diritto romano nel medio evo*. Trad.: Emmanuele Bollati. Turim: Gianini e Fiore, 1857, v.2, p. 19; KANTOROWICZ, Hermann. *Studies in the glossators of the roman law*. Aalen: Scientia Verlag, 1969, p. 39; CALASSO, Francesco. *Medio evo del diritto*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 345; VISCONTI, Alessandro. *Glosse e glossatori: notizie intorno alla scienza del diritto romano nel Medio Evo*. Milão: Società Editrice Libreria, 1915, p. 3 e ss.; TARTUFARI, Luigi. *Dei contratti a favore di terzi*. Verona: Tedeschi, 1889, p. 51; MORTARI, Vincenzo Piano. *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*. Nápoles: Jovene, 1976, p. 177-8

105 Daí se falar em *Corpus Iuris*. A este respeito é fundamental buscar em HOFMANN, Hasso. “*Rappresentanza...*”, p. 122, o conceito do *Corpus Christi* e a equação eclesiástica que permeia a doutrina canônica de que corpo e cabeça formam Cristo (*corpus + caput = Christus*), regra que serve designadamente, excluídos os sectarismos religiosos, para referir-se à obra (*corpus*, assim como o *corpus iuris*) e à sua interpretação (*caput*)

106 BUSSI, Emilio. *Formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. Pádua: A. Milani, 1937, t.I, p. 303, autor que atribui, no entanto, aos glosadores e, principalmente, aos consiliadores ou comentadores o mérito de, através da dialética, promover formas de agir em nome de terceiro sem a violação do axioma do *alteri stipulari nemo potest*. A construção do autor em torno do progresso do *agere alieno nomine* durante o período ora descrito é interessante e diverge da doutrina majoritária que vê na interpretação empreendida pelas glosas um retrocesso e um retorno ao formalismo rigoroso. Muito embora admita a mesma fonte histórica da doutrina tradicional, sua interpretação deste período contribui para se considerar o período das glosas digno de estudo na reconstrução histórica da figura representativa. Neste sentido, e também para um estudo mais completo do catálogo de exceções ao *alteri stipulari nemo potest* elaborado por ACCURSIUS sugere-se a leitura de DE ROBERTIS, Antonio. *La interpretazione del Corpus Iuris in Oriente e in Occidente*. Nápoles: Jovene, 1984, obra em que o autor propõe uma rigorosa análise comparativa da posição hermenêutica da escola bizantina preponderante como fonte interpretativa das regras do *Corpus Iuris* e da glosa de Accursius como fonte legal

107 Lista esta, de ACCURSIUS (ver nota 106 *supra*), que nos permite a hermenêutica inferir ser interpretada como *numerus clausus*

especial, os notários¹⁰⁸.

Os notários passam a funcionar como *servus publicus* e assim serem tratados, porquanto tinham o *munus* de celebrar – registrar – os atos públicos e privados que lhes eram encomendados¹⁰⁹.

A explicação da qualificação de servos públicos para esquematizar a representação notarial é obra do respeito excessivo dos glosadores e consiliadores ao *Corpus Iuris*. Ao celebrar um negócio por representação notarial, o *dominus* estava, em última instância adquirindo por terceiro livre¹¹⁰.

Caracterizado como servo público, o notário promoveria os atos de representação na qualidade de nuncio, porquanto não lhe era permitido adquirir para si e desempenharia, assim, a função do já mencionado *servus actor*¹¹¹.

- Martinus Gosia: *Ius honorarium e aequitas bursalis*

Um ponto defendido por uma doutrina minoritária¹¹² como crucial para o avanço da figura representativa repousa na doutrina defendida pelo doutor bolonhês¹¹³ acerca da

108 Atribuindo à representação notarial um papel de destaque na evolução da figura representativa, pode-se citar uma infinidade de doutrinas, dentre as quais podemos citar exemplificativamente: PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato...*”, p. 61; HOFMANN, Hasso. “*Rappresentanza...*”, p. 151; COING, Helmut. “*Derecho privado ...*”, t.I, p. 425; e BUSSI, Emilio. “*Formazione ...*”, t.I, p. 303, dentre muitos outros

109 BUSSI, Emilio. “*Formazione ...*”, t.I, p. 304 e ss.

110 O raciocínio dos consiliadores é alvo de críticas da doutrina majoritária, em especial de HOFMANN, Hasso. “*Rappresentanza...*”, p. 156, que destaca que a figura da representação surge associada à ideia de *persona* e se desenvolve com ela.

111 A este respeito, remete-se à nota 34 *supra*

112 O ponto é defendido pela doutrina minoritária, mas seu aspecto valorativo é reconhecido por toda a doutrina com maior ou menor peso. Adotamos a postura de apresentar a posição de Martinus Gosia pela larga influência exercida por ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 199 e ss. O autor português prima em sua obra por valorizar a doutrina minoritária que se fixa nos efeitos jurídicos das figuras para uma construção historiográfica mais fidedigna. Este trabalho, sem a mesma pretensão de elaborar uma obra tão influente quanto a de ALBUQUERQUE, busca avaliar o caráter prático da evolução da figura representativa, também por ser este aspecto um ponto de partida para o enfoque da doutrina comercialista sobre a figura. A presença da doutrina de Martinus Gosia justifica-se, portanto, na medida em que o bolonhês é classificado por muitos em suas caracterizações enciclopédicas como uma espécie de patrono da interpretação hermenêutica menos formal e rigorosa na doutrina privada. Diante de tamanho pioneirismo, lembrar a doutrina de Martinus é imperativo, em especial para quem se propôs a uma análise menos formal da figura, como é o caso aqui

113 Martinus Gosia, jurista medieval e um dos “quatro doutores de Bolonha”, ao lado de Bulgarus, Ugo da Porta Ravennate e Jacobus. Rival de Bulgarus, Martinus Gosia gozou de prestígio em seu tempo, muito embora seu séquito tenha sido inferior ao de seu adversário acadêmico. Foi acusado em seu tempo, e ainda hoje, de aplicar uma interpretação demasiado elástica ao *Corpus Iuris*, baseando-se sempre na equidade, um parâmetro classificado por seus rivais como impreciso, para que se diga o mínimo. ALBUQUERQUE,

interpretação equitativa do *Corpus Iuris*.

Martinus Gosia defendia a possibilidade de se estipular em favor de outrem, asseverando que a produção de efeitos jurídicos diretos em esfera alheia não feriria o *Corpus Iuris* em nenhuma de suas regras¹¹⁴.

O autor bolonhês, ademais, para afastar-se do axioma romano *alteri stipulari nemo potest*¹¹⁵, estabeleceu uma antítese entre direito e *utiliter*, e, em maior escala, entre *ius civile* e *ius honorarium*¹¹⁶, que justificava sua posição de que a proibição estipulada pelo *Corpus Iuris* somente era aplicável à *actio directa*¹¹⁷, e insuscetível de ser aplicada nas relações reguladas pela prática mercantil, em que deveria se recorrer à *aequitas*¹¹⁸.

Os glosadores e consiliadores, notadamente Martinus Gosia, a partir de suas interpretações do direito romano como *Corpus Iuris*, acabaram por influenciar diretamente o direito estatutário italiano¹¹⁹.

As cidades italianas, notáveis pólos de desenvolvimento econômico na Baixa Idade Média e Renascimento, se ressentiram, por óbvio, de conceder à intermediação negocial um aspecto menos formal e, assim, buscaram nos ensinamentos dos glosadores e consiliadores menos ortodoxos as influências para seus estatutos¹²⁰.

Pedro. “A representação...”, p. 199; KANTOROWICZ, Hermann. “Studies ...”, p. 88 e ss.; SAVIGNY, Friedrich Karl von. “Storia ...”, p. 74-5

114 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 200

115 Ver nota 106 *supra*

116 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 200

117 Seria possível para Martinus, portanto, a substituição negocial em quaisquer aspectos desde que a ação pretoriana aplicada não fosse a *actio directa*. Partimos desta posição apresentada por ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 201 para supor que o emprego de outra ação adjetícia – como a *actio quasi institoria*, por exemplo – teria o condão de se fazer mediante a representação direta

118 KANTOROWICZ, Hermann. “Studies ...”, p. 90-91 e 98-99; MEIJERS, Eduard Maurits. *Études d’histoire du droit*. Leyde: Universitaire Pers Leiden, 1956, t.IV, p. 142. Aqui reside, na verdade, a concentração maior das críticas oferecidas à época à doutrina de Martinus Gosia. Em primeiro lugar, porque o *ius honorarium* teria em seu bojo uma equidade realizada a partir de sua mera aplicação (encontramos uma diferença entre equidade realizada no *ius honorarium* e equidade concretizada no *ius civile* que são próprias de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 203). Em segundo lugar, e na crítica mais contundente, a *aequitas* pregada por Martinus seria, na realidade, não a equidade interpretativa de que eram incumbidos os cultores legais (*ius aequum scriptum*), mas a equidade rude (*aequitas rudis*), reservada aos imperadores, o que levou à chamada *aequitas bursalis*, a equidade de bolsa, que SAVIGNY, Friedrich Karl von. “Storia ...”, p. 76 afirma tratar-se de uma equidade que não se baseia exclusivamente na *ius*, mas nas opiniões pessoais. A crítica às práticas de Martinus, apesar de sustentada pela maioria de seus rivais à época e ainda hoje cultivada, parece improvável, uma vez que a prática da *aequitas rudis* é de tal forma arbitrária que não necessitaria de maiores exercícios hermenêuticos de Martinus a justificar suas posições, como, por exemplo, o fundamento no *ius honorarium*

119 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...”, p. 211, nota 1008

120 A este respeito e com profundidade maior sugere-se a leitura de PERTILE, Antonio. *Storia del diritto italiano dalla caduta dell’impero romano alla codificazione*. 2ª ed. Turim: Unione Tipografica, 1896, p. 455 e ss.; e BESTA, Enrico. “Obbligazioni ...”, p. 90

- Contribuição do Direito Canônico e pós- Humanismo

O impacto do direito canônico sobre a doutrina profana¹²¹ é inegável, não apenas para a matéria da qual nos valemos para o ordenamento jurídico como um todo, sendo praticamente impossível qualquer repasse histórico sem a contribuição canônica¹²².

A ideia da Igreja Católica¹²³ funda-se na posição de que Cristo teria deixado seu representante na Terra¹²⁴, o sumo pontífice, que exerce o poder em nome e no lugar de Cristo¹²⁵.

Há que se salientar, ainda, que a idéia de liberdade entre todos os homens, um corolário de igualdade pregado pelo direito canônico, favorecia a admissibilidade de que

121 O termo é de WIEACKER, Franz. “*História...*”, p. 67

122 A doutrina que reconhece a importância canônica na construção da figura representativa moderna é praticamente inesgotável. Ver a este respeito, exemplificativamente: GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma: Laterza, 2006, p. 109 e ss.; TARTUFARI, Luigi. “*Dei contratti ...*”, p. 53; SAVIGNY, Friederich Carl von. *Le obbligazioni*, p. 51; BUSSI, Emilio. “*Formazione ...*”, t.I, p. 296; SAGGESE, Francesco. “*Rappresentanza ...*”, p. 13; POPESCO-RAMNICEANO, René. “*De la représentation ...*”, p. 185; PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato...*”, p. 59; COING, Helmut. “*Derecho privado ...*”, p. 424; STORCK, Michel. “*Essai ...*”, p. 78; e ASTUTI, Guido. *Lezioni di storia del diritto italiano: le fonti. Età romano-barbarica*. Pádua: CEDAM, 1953, p. 76 e ss.

123 A menção da Igreja Católica não denota nenhum proselitismo ou preferência religiosa, tampouco serve a crítica. Dada a época da qual se trata, adotamos, como não poderia deixar de ser, a doutrina religiosa dominante e na qual se funda o próprio direito canônico.

124 A denominação de “representação” de Cristo pode ser encontrada na obra de BUSSI, Emilio. “*Formazione ...*”, t.I, p. 296; PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato...*”, p. 59; ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues. *Elementos de direito eclesiástico publico e particular em relação a disciplina geral da Igreja*. Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães, 1859, p. 35; LE BRAS, Gabriel. *L'âge classique: 1140-1378: sources et théorie Du droit*. Paris: Sirey, 1965, p. 247; e, principalmente, HOFMANN, Hasso. “*Rappresentanza...*”. Cidade: Ano, p. 122

125 ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 221 apresenta a posição da doutrina contrária ao reconhecimento de uma contribuição do direito canônico aos avanços escolásticos quanto à doutrina da representação. O autor português menciona em especial as doutrinas Ulrich Müller (*Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugubsten Dritter*) e de Hans Julius Wolff (*Organschaft und juristische person, II, Theorie der Vertretung, Stellvertretung*) – obras as quais não tivemos acesso e mencionadas em *apud* para ilustrar a crítica apresentada – como críticas do posicionamento dos canônicos. Wolff acredita que o termo “representação” para apresentação a doutrina ideológica católica nada mais é do que uma utilização a mais do termo “representação”, enormemente fluído e rico em sentidos, e que não guarda relação com a figura representativa em si. Tratar-se-ia, também, de uma necessidade institucional católica e não de uma representação relacionada à celebração de um negócio jurídico. A crítica, todavia, não nos parece correta, uma vez que o direito não aparece numa lógica fechada e estritamente jurídica. Aliás, é isso que refutamos nesta dissertação. Dizer que o caráter eclesiástico macula o desenvolvimento de uma figura jurídica, para depois levantar aspectos da influência sócio-econômica na evolução desta mesma figura se afiguraria numa impropriedade terrível de nossa parte.

Além disso, o conceito cultural e histórico da época conduziam para uma intersecção intensa entre aspectos sociais, teológicos, filosóficos e jurídicos. A este respeito, temos de nos render e admitir que o estudo do direito empreendido por nós se vale – e não deveria deixar de ser diferente – duma compreensão dos contextos históricos oferecidos e ressaltados por SAVIGNY, em sua escola histórica (assim, e por todos, KOSCHAKER, Paul. “*Europa ...*”, p. 254 e ss.)

qualquer pessoa poderia intermediar a aquisição de direitos e obrigações, em nome alheio¹²⁶.

Alicerça-se nesse período canônico¹²⁷, e com o fito de agilizar as relações de mercancia, o brocardo “*potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*”, regra de que se pode fazer por outrem aquilo que se pode fazer por si¹²⁸.

Os maiores contributos deste período advém (i) da permissão de substituições de representantes¹²⁹ de bispados, uma substituição, a princípio, institucional, mas que, não apenas interferia na relação do condado liderado pelo bispo, como implicava na sucessão do representante anterior em bens e direitos¹³⁰; e, ainda, (ii) dos juramentos¹³¹, invocados para atestar legitimidade aos negócios, até mesmo àqueles eivados de nulidade, que poderiam ser prestados pelo *procurator* e ainda assim vincular o *dominus*.

O direito canônico ainda, para aqueles que rechaçam o reconhecimento da representação no direito romano, teria sido o berço do moderno conceito de representação¹³², por afirmar os axiomas “*potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum; qui facit per alium est proinde ac si faciat per se ipsum*”¹³³.

Imiscuindo-se na doutrina canônica e na busca por substituir o rigor da doutrina romana, surgiu a escola humanista, a propor uma reforma hermenêutica diante da interpretação proveniente dos comentadores. Esta reforma revelou-se um retrocesso na

126 A ligação do desprendimento da teoria da proibição do *agere alieno nomine* por conta da liberdade entre homens pregada pelo direito canônico pode ser vista em BUSSI, Emilio. “*Formazione ...*”, t.I, p. 298 e GROSSI, Paolo. “*L’ordine ...*”, p. 113. Em virtude do histórico de escravidão que perdurou e perdura até os nossos tempos – notadamente na seara trabalhista – é recomendável que a doutrina da liberdade como propulsora da substituição negocial seja admitida com cautela. O reconhecimento de seu caráter histórico, contudo, é digno de menção

127 Há controvérsias sobre a gênese do axioma contrário ao *alteri stipulari nemo potest*. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 423 defende ter sido no período canônico. Sua conformação com o *ius gentium* e sua aplicabilidade à época como forma de burlar a proibição de representação são, contudo, indiscutíveis.

128 AMARAL, Francisco. “*Direito Civil...*”, p 423

129 Apesar de não tratarmos da representação em negócio jurídico, a adoção do termo será mantida e é proposital. Ver nota 125 *supra* para as críticas à doutrina canônica e nossa posição a respeito

130 Para melhor compreensão desta substituição, ver GROSSI, Paolo. “*L’ordine ...*”, p. 115 e ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 219 e ss.

131 Para melhor compreensão sobre a problemática da prestação de juramentos, sugerimos a leitura de CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico: lezioni di storia del diritto italiano*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1967, p. 265; TARTUFARI, Luigi. “*Dei contratti ...*”, p. 54; BUSSI, Emilio. “*Formazione ...*”, t.I, p. 219; COING, Helmut. “*Derecho privado ...*”, p. 405; e HOFMANN, Hasso. “*Rappresentanza...*”, p. 154

132 Assim, por exemplo, de forma expressa FRÈ, Giancarlo. “*Rappresentanza: Diritto Privato*”, t. XVII, p. 1098

133 Em tradução livre: “pode-se fazer por meio de outro o que se é capaz de fazer por si mesmo; quem faz por outro está apto a fazer por si próprio”

figura representativa¹³⁴.

Além do retorno ao *alteri stipulari nemo potest*, o retrocesso da doutrina humanista só não foi maior nesta seara pela atuação do pós-humanista Giovanni Althusius¹³⁵, que entre os séculos XVI e XVII promoveu teoria que ofereceu importante contribuição à doutrina da representação.

Althusius, apesar de se manter fiel ao humanismo quanto à regra da *alteri stipulari nemo potest*, defende a ideia de que os magistrados e os imperadores exerceriam a função de representantes do povo e estariam agindo sob uma espécie de mandato emanado da coletividade popular e por ela conferido¹³⁶.

A doutrina majoritária¹³⁷ classifica, contudo, o direito canônico como o precursor da mudança decisiva para que se comece a delinear a figura moderna da representação. Constrói-se a partir daqui e do jusracionalismo¹³⁸ a figura a partir do princípio da autonomia da vontade¹³⁹ e do brocardo de que os pactos devem ser cumpridos¹⁴⁰.

A autonomia da vontade promove, de plano, a diferença entre o núncio, que exprime a vontade do *dominus* e o representante, que exprime uma vontade sua em nome e

134 Para maiores referências sugere-se a leitura de COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 394-6, entre outras, autor que afirma a posição acima exposta de forma mais contundente.

135 GIERKE, Otto von. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle politiche giusnaturalistiche*. Trad. E Edição: Antonio Giolitti. Turim: Einaudi, 1974, p. 24 e ss.

136 GIERKE, Otto von. "Giovanni...", p. 43 e ss.; e ainda, HOFMANN, Hasso. "Rappresentanza...", p. 358

137 Ver, por todos, ALBUQUERQUE, Pedro. "A representação...", p. 248 e ss.

138 Movimento anterior e formador do jusnaturalismo nos dizeres de WIEACKER, Franz. "História ...", p. 306

139 É bom ressaltar que o direito romano já admitia a figura representativa em ocasiões que não aquelas restritas ao consórcio doméstico, mas esta posição acentua-se e ganha destaque com o direito canônico (Ver sobre o desenvolvimento de um direito contratual, entre outros, COING, Helmut. "Derecho privado ...", p. 399, autor que remete aos ensinamentos de Agostinho para validar a vontade como elemento que compele ao cumprimento dos negócios). Também para acompanhar valorização da autonomia da vontade na doutrina de Grotius, mas a partir de uma apresentação mais crítica, sugere-se a leitura de AMBROSETTI, Giovanni. *Pressuposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*. Modena: Premiata Cooperativa, 1955. Apresentando posição de restrição ao pioneirismo canônico remetemos a ALBUQUERQUE, Pedro. "A representação...", p. 249, nota 1254

140 Com o jusnaturalismo, pelas mãos de Pufendorf e, especialmente, Ugo Grotius, adota-se, a partir de uma concepção cristã de ter o homem como centro das coisas, uma perspectiva subjetiva, ao invés da objetiva que permeou os ensinamentos contratuais até o século XVII. A declaração de vontade passa a ser o ponto central de uma doutrina contratual que começa a se esboçar. O milenar ensinamento do *alteri stipulari nemo potest* passa não mais a ser visto como regra a ser interpretada, burlada ou minorada, mas há a predisposição para se questionar se esta regra condiz com o ordenamento que se desenhava. O progresso para a doutrina contratual pelas mãos de Grotius, Pufendorf e sequazes do jusnaturalismo foi imenso, e será apresentado aqui, apenas na medida de sua intersecção com a doutrina representativa. Para melhor panorama a respeito do contributo destes autores, sugerimos a leitura de TODESCAN, Franco. *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*. Milão: Giuffrè, 1983, v.3 (tomo em que o autor aborda contribuições de Pufendorf) e AMBROSETTI, Giovanni. "Pressuposti ...".

por conta do *dominus*¹⁴¹. É apenas a introdução do elemento subjetivo que nos permite alargar a diferença entre estas figuras¹⁴².

A doutrina naturalista cresce e ganha adeptos no continente. Sua influência chega à Áustria num período pré-codificações e acaba por influenciar o pensamento germânico, em que volta a se formar a noção de “lado externo” e “lado interno” da relação jurídica representativa¹⁴³.

A doutrina representativa revisitada por Grotius e Pufendorf chegou também ao naturalismo francês, e fez parte da organização legislativa capitaneada por Domat¹⁴⁴ e Pothier¹⁴⁵, muito embora sem acréscimo significativo àquela doutrina de Grotius^{146,147}.

- Codificações

No século XVIII, as codificações jusnaturalistas foram as primeiras a apresentar regulada a admissibilidade da representação direta¹⁴⁸. O *Codex Maximilianeus Bavaricus*

141 Forma-se, na doutrina, a primeira referência ao *contemplatio domini* e começa a ser forjada uma figura próxima da moderna figura da representação. Esta formatação permitirá, ainda, diferenciar o contrato a favor de terceiro da representação, mais adiante explicada

142 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Trad.: José María Miquel González. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 882

143 Importante aqui mencionar a obra de ZEILLER, Franz Edlen von. *Direito natural privado*. Trad.: Pedro Auvian da Matta Albuquerque. 2ª ed. Pernambuco: M. F. de Faria, 1840, p. 167, em que o autor austríaco parte das noções de mandato e de contrato de cessão de poderes plenos (*besorgungsvertrag*) para chegar à representação, muito embora o autor refutasse a noção de dois lados da relação jurídica representativa, nos dizeres de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 283.

144 DOMAT, Jean. *Loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*. Paris: Nyon Aine, 1777, vol. I, tít. XV. O autor francês retrata a procuração como “o ato pelo qual aquele que não pode tratar pessoalmente dos seus negócios dá poderes a um outro para fazê-lo por ele, como se ele próprio estivesse presente”.

145 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Trad.: José Homem Correa Teles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906, que trata da representação sob o *mandat*; e POPESCO-RAMNICEANO, René. “De la représentation ...”, p. 197

146 Neste sentido ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 283 e 284.

147 Não podemos esquecer a influência naturalista no direito português. Dentre os autores que se dedicaram a uma reorganização geométrica dos dispositivos legais, passando pela hermenêutica jusracionalista no trato com a relação representativa, destaca-se ROCHA, Manuel Antonio Coelho da. *Instituições de direito civil português*. 7ª ed. Lisboa: Classica, 1907, p. 540, que considerava o mandato como sendo o contrato “pelo qual uma pessoa se encarrega de praticar em nome de outra, certo ato, ou de administrar um ou mais negócios alheios”. Para maiores referências sobre os autores portugueses e peninsulares do jusnaturalismo, sugere-se a leitura de PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “O mandato...”, p. 82 e ss.

148 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 297 e ss.

*Civilis*¹⁴⁹, de 1756, e o *Allgemeines Landrecht* prussiano¹⁵⁰, de 1794, ambos traziam em seu bojo disposições que inegavelmente quebravam o antigo conceito do *alteri stipulari nemo potest*, que ainda ameahava simpatizantes.

O Código Civil francês, que inaugura a era das codificações modernas¹⁵¹, não possuía uma teoria geral da representação¹⁵², além de vincular expressamente, em seu artigo 1984, o mandato à representação¹⁵³. O mandato é tratado como um contrato que pressupõe a representação¹⁵⁴.

A jurisprudência francesa que sucedeu o *Code Civil*, a fim de proteger o terceiro de boa-fé que contrata com *falsus procurator*, ou mandatário que abusa ou excede seus poderes, desenvolveu, no século XIX, a teoria da representação aparente¹⁵⁵.

149 Também denominado *Bayerisches Landrecht*, o Código estabelecia em seu parágrafo 7º, no Capítulo IX, Parte IV que os atos do mandatário e nome e em interesse alheio, em virtude de comissão, deveriam ser considerados como se praticados pelo próprio mandante/comitente. Há, aqui, a dependência de um mandato, ao qual o mandatário deve estar circunscrito e do qual o terceiro com quem é contratado o negócio subjacente deveria estar de plena ciência. Percebe-se, portanto, uma ruptura na classificação dos “lados externo e interno” da relação, apresentada por este Código como única e indissociável (ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 295 e notas 1496-1497)

150 O ALR, código prussiano, tratava as figuras da representação (*vollmacht*) e do mandato (*auftrag*) conjuntamente (*vollmachtsauftrag*), como um mandato com plenos poderes. Na parte 1º, Cap. XIII, o título de “Da aquisição de propriedade das coisas ou direitos através de um terceiro” mostrava a iniludível disposição do Código quanto a aceitar o *agere alieno*. O progresso na construção da figura, contudo, foi restrito na medida em que não havia, ainda, abstração entre a representação e o mandato (ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 297-299)

151 WIEACKER, Franz. “História ...”, p. 371. O *Code Civil*, de 1804, não é a primeira codificação de uma nação europeia, sendo posterior ao *Bayerisches Landrecht*, de 1756, ao ALR, de 1792, e ao Código Galiciano Ocidental, de 1797. Sua influência e formato, contudo, são considerados pioneiros na estrutura de codificação moderna.

152 POPESCO-RAMNICEANO, René. “De la représentation ...”, p. 193

153 A ligação entre mandato e representação oferecida pelo *Code Civil* foi duramente criticada por parte da doutrina francesa, considerada um retrocesso na construção histórica da figura. Para a crítica, sugerimos a leitura de DEMANTE, Antoine-Marie e COLMET de SANTERRE, Edmond. *Cours analytique de Code Civil*. 3ª ed. Paris: Plon, 1896, v. 8, p. 193; TROPLONG, Raymond Theodore. *Commentaire du mandat*. Bruxelas: Meline Cans, 1847, p. 21; BAUDRY-LACANTINIÈRE, Gabriel e WAHL, Albert. *Traité théorique et pratique de droit civil: des contracts aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*. Paris: Recueil Sirey, 1907, p. 173; DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Rousseau, 1933, v. I, p. 185; PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 3ª ed. Paris: Pichon et Auzias, 1949, v. 2, p. 697; CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil: notions générales*. 5ª ed. Paris: A. Pedone, 1929, p. 388; MADRAY, Gilbert. *Représentation en droit privé*. Paris: Recueil Sirey, 1931, p. 105 e ss.; MAZEAUD, Henry, MAZEAUD, Leon e MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1976, v. 2, p. 139; MARTY, Gabriel e RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*. 2ª ed. Paris: Sirey, 1967, v. 1, p. 283; entre outros autores. Para a posição favorável à vinculação entre mandato e procuração no *Code Civil*, sugere-se a leitura de LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. 5ª ed. Bruxelas: Bruylant-Christophe & Cie, 1893, p. 374.

154 Art. 1984: “Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à un autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme par l'acceptation du mandataire”

155 Fundada na França, esta teoria; cujo cerne era o de permitir que uma pessoa que atue em nome de outrem com abuso ou ausência de poderes, mesmo sem ratificação, possa, em certos casos, vincular o *dominus*; ganhou inúmeros adeptos e desenvolveu-se largamente. Hoje, todavia, a teoria é

Fato é que o *Code Civil*, moderno e inovador em inúmeros aspectos, não logrou continuar os avanços doutrinários observados na figura representativa. Esta primazia coube ao Código alemão.

- Pandectística e formação do pensamento germânico.O BGB.

O retrocesso na tese da representação, baseada no retorno radical às origens romanas¹⁵⁶, começou a ser remodelado e ter suas feições próximas às da doutrina atual a partir de Savigny¹⁵⁷.

O autor passa a admitir, a partir de uma interpretação historiográfica particular de um trecho de Modestinus¹⁵⁸, que a proibição romana de produção de efeitos jurídicos na esfera de terceiros já havia sido suplantada durante o próprio período romano, na era justiniana, a partir de inúmeras exceções que a ela foram sendo feitas.

Mais do que isso, Savigny defende a representação indireta¹⁵⁹ – única largamente

amplamente desacreditada. Para breve conceituação sugerimos a leitura de COMPARATO, Fábio Konder. *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo. v. 36, nº 111, 1998, p. 39-44. Há uma bibliografia praticamente inesgotável a respeito da construção e desqualificação desta teoria. Para maiores referência na doutrina francesa, alemã e portuguesa, remetemos a ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 304, nota 1547, MOSCHELLA, Raffaele. *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*. Milão: Giuffrè, 1873 e DE MATTIA, Fábio Maria. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo, 1984

156 Ver, a este respeito, GLÜCK, Christian Friederik von. *Comentario alle Pandette*. Trad.: Raffaele D'Ancona e Pietro Bonfante. Milão: Leonardo Vallard, 1909

157 SAVIGNY, Friederich Karl von. “Sistema ...”, p. 90 e ss. e SAVIGNY, Friederich Karl von. *Le obbligazioni*, p. 21 e ss. O autor, diferentemente de Muhlenbruch no início dos estudos romanísticos que formariam o pensamento germânico, interpreta a proibição romana como restrita aos contratos formais à época. A teoria, que discorda da teoria de representação indireta e cessão de Muhlenbruch, não é propriamente calcada na retrospectiva histórica que acima apresentamos e que, em nenhum momento faz menção de restrição do *alteri stipulari nemo potest* aos contratos formais. Ao contrário, aliás. Savigny admite a aplicação do princípio romano, mas alega que, além do extenso rol de exceções, haveria uma modificação dos princípios que levariam à minoração do brocardo ainda no direito *justinianeau* (“Sistema ...”, p. 94 e ss. e *Le obbligazioni*, p. 40 e ss.). A gestão de negócios romana seria exemplo disto para Savigny. Por não se tratar de ato isolado, admitia-se, a partir da prática, a representação direta.

158 Libro XIV ad. *Quintum Mucium* – D., 41, 1, 53, em ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 318

159 A representação indireta é concebida com o negócio jurídico transacionado pelo representante e por um terceiro, mas, aos olhos daqueles que não são agentes do negócio, era celebrado entre representado e terceiro. A chamada *Fiktionstheorie*, surgida nos primórdios pandectísticos como uma evolução da *Cessionstheorie* de Muhlenbruch, era defendida por autores como Wächter, Unger e Laband – muito embora a colocação deste último como sequaz da *Fiktionstheorie* seja questionada por HUPKA, Josef. “Representación ...”, p. 39 – (WINDSCHEID, Bernhard. “Diritto ...”, t. I, p. 351), entre outros eminentes autores da época. Tratavam a figura como ficção porque a atuação do representante é considerada como

admitida pelo período romano a partir dos estudos iniciais da escola histórica pandectística – como um modelo independente na figura da representação. A representação direta não apenas era admitida como o representante é colocado na mesma esfera do que o mensageiro¹⁶⁰.

A construção de Savigny foi bem recebida pelo desligamento da teoria romana clássica, mas sua vinculação exclusiva ao caráter subjetivo do *dominus* mereceu críticas¹⁶¹ que acabaram por desacreditar parcialmente a tese¹⁶², em mais um passo rumo à teoria moderna da representação.

Savigny defendia que o representante apenas declarava uma vontade alheia, sendo o mandante quem conclui o negócio. A partir da posição de Savigny, e em meio às teses da *Repräsentationstheorie*¹⁶³, surgiu a contribuição de Jhering, que retomou algumas posições históricas para corrigir inexatidões da teoria de Savigny.

atuação do representado, e, inclusive os vícios e erros eventualmente subjacentes ao negócio e derivados da atuação do representante eram igualmente transmitidos ao representado. A representação traduzir-se-ia, portanto, numa *factio*.

160 Savigny descarta a vontade do intermediário como parte formadora do negócio jurídico. Para o chefe da escola histórica, o negócio era celebrado necessariamente entre o *dominus* e o terceiro. O representante constitui, tanto quanto o nuncio, apenas um elemento formal de celebração do negócio, não havendo, para o autor, a interferência de sua vontade (*Le obbligazioni*, p. 48 e ss.). O intermediário, seja ele mensageiro ou representante, é um *órgão* do representado. (*Le obbligazioni*, p. 19).

161 Dentre os autores que se seguiram, muitos foram críticos à desconsideração da vontade do intermediário na formação do negócio jurídico que intermedeia. Dentre as muitas vozes, sugerimos como principais leituras: THÖL, Heinrich. *Trattato di Diritto Commerciale*. Trad.: Alberto Marghieri. Nápoles: Marghieri, 1876, v. 1, p. 143 e ss.; HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 30 e ss.; e MOSCO, Luigi. *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*. Nápoles, E. Jovene, 1961, p. 116

162 Savigny é até hoje tido como o ponto de partida para o surgimento de uma “teoria da representação”. Sua hermenêutica, que permitiu um desprendimento completo das amarras romanas proibitivas da figura de representação, constitui, por si só, um inestimável avanço. A partir da tese engendrada por Savigny foram sendo construídas teorias explicativas da *Repräsentationstheorie*. Após a construção da *Fiktionstheorie*, que defendia a atuação do representante como meio de aquisição e justificava a diferença de atos – constitutivo e aquisitivo ou efetivo – como uma ficção (ver nota 127 *supra*), surgiu a *Separationstheorie*, que assegurava existir, na figura representativa apenas uma separação entre causa (a atuação ou vontade do representante) e efeito (qualidade de credor ou devedor na qual é investido o representado) do negócio representativo (JHERING. *Espírito...*, p. 176, muito embora o assunto seja apenas tangenciado e a atribuição da primazia teórica a Jhering seja fruto de interpretação elástica da doutrina favorável que lhe sucedeu). Segundo ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 328, nota 1671, a única obra em que o autor se refere à teoria da separação seria esta mencionada. Em todas as outras, Jhering não mais teria voltado a abordar a questão, mas teria, segundo Karl Friedrich Everding (*Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert* – obra a qual não tivemos acesso e é mencionada em *apud*), sempre suportado esta teoria, baseando sua obra com o destaque da figura representativa como a colaboração entre duas vontades, e não como uma pluralidade de relações jurídicas.

Ainda no tocante à *Repräsentationstheorie*, segregada entre a *Fiktionstheorie* e a *Separationstheorie*, HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 70 defende haver uma terceira corrente denominada pelo autor alemão de “teoria da separação entre o ato constitutivo e os elementos do negócio” da qual Georg Curtius, Otto Karlowa e Ernst Zimmermann fariam parte. A maior parte da doutrina trata esta corrente defendida por Hupka como parte integrante da *Separationstheorie*.

163 Ver notas 159 e 162 *supra* sobre as *Repräsentationstheorien* e suas vertentes.

Para Jhering, a doutrina e jurisprudência da época que, com maior ou menor frequência, confundia as figuras do mandatário e do representante, tratava as figuras, na verdade, com inexatidão técnica. O mandato traduziria, assim, o lado interno da relação, ao passo que representante e principal indicam a qualidade subjetiva de cada agente perante aquele com quem se contrata – o lado externo da relação¹⁶⁴.

Como vimos do que já foi escrito, Jhering não é inovador em sua contribuição, apenas restabelece uma dualidade dentro de uma mesma relação jurídica. O principal aspecto no qual o autor é absolutamente inovador é a consideração destas duas vertentes de uma mesma e única relação como autônomas¹⁶⁵ entre si¹⁶⁶.

A autonomia proposta por Jhering ainda carecia do principal avanço para a doutrina da figura representativa: a abstração entre as vertentes como negócios autônomos e não apenas figuras autônomas atreladas ao mesmo negócio. Esta abstração foi proposta e consagrada por Laband, em 1866¹⁶⁷, que logrou diferenciar a *vollmacht* e o *mandatum*, ou relação subjacente¹⁶⁸, aduzindo ser possível a concessão e a revogação de poderes de

164 JHERING, Rudolf von. *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, p. 156 (obra a qual tivemos acesso, mas aqui mencionada em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 333, nota 1698)

165 JHERING, Rudolf von. “*Mitwirkung ...*”, p. 156 (em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 333, nota 1698). A partir da abstração de vertentes, Jhering defende a desvinculação entre mandato e representação, suscitando ser possível um representante sem mandato e um mandato sem representação. Para uma repetição sintética e dogmática do modelo representativo moderno, a partir da proposição conceitualista, de Jhering, sugerimos a leitura de Díez-PICAZO, Luis. *Representación en el derecho privado*. Madri: Civitas, 1979, p. 31, autor que esquadrinha os pontos essenciais da construção da figura de forma didática e concisa.

166 É fundamental aqui a crítica de HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 12 que, por um lado, reconhece o pioneirismo do autor e por outro critica o avanço tímido de sua tese diante da abstração de relações à qual Jhering se referiu sem, contudo, desvinculá-las de uma vez por todas.

167 LABAND, Paul. *Die Stellvertretung bei dem abschluss von rechtsgeschäft nach dem alldem*. In *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*. Stuttgart, 1866, v. X, p. 221 (obra a qual tivemos acesso, mas aqui mencionada em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 335 e ss., autor que propõe a reconstrução histórica da figura a partir do artigo publicado pelo autor alemão e fala mesmo em figura labandiana, após a construção do publicista neste excerto.

168 Laband (“*Die Stellvertretung*”, p. 203 e ss.) procede à separação entre mandato e poderes de representação a partir do cotejo da figura representativa com inúmeros artigos do Código de Comércio alemão, o ADHGB, de 1861, como: (i) o artigo 52, que admitia a representação voluntária direta, (ii) os artigos 114, 116, 167, 196, 227 e 231, entre outros, que previam a denominada *Generalvollmachten*, uma figura que concedia ilimitados e ilimitáveis poderes de representação em oportunidades específicas previstas nos artigos mencionados, (iii) a *Prokura*, disposta nos artigos 42 e 43, uma espécie de procuração específica do direito comercial para gerência de empresas, cujo alcance era fixado por lei e imutável, sendo o *prokurist* necessariamente ligado ao empresário-mandante por uma relação de hierarquia. Para uma análise mais detalhada do ADHGB e de suas figuras que inspiraram a proposta labandiana, sugerimos a consulta a THÖL, Heinrich. “*Trattato ...*”, v. 1, p. 198 e ss.; ENDEMANN, Wilhelm. “*Manuale ...*”, p. 134; e ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 340 e ss. A respeito da construção positivista empreendida por Laband, ver WILHELM, Walter. *Metodologia jurídica en el siglo XIX*. Trad.: Rolf Bethmann. Madri: Edersa, 1980, p. 7 e ss., autor que valoriza a construção pandectística de pensamento e construção dogmática, reputando a Puchta o pioneirismo na possibilidade de abstrações hermenêuticas como a de Laband. Ainda sobre a formação de pensamento do jurista, ver ROSA, Giovanni di. *Rappresentanza e gestione: forma giuridica e realtà economica*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 80 e ss., obra em

representação de outras formas que não o mandato¹⁶⁹, e, da mesma forma, ser possível a outorga de uma procuração não dotada de poderes de representação^{170,171}.

A conclusão de Laband constituiu um avanço, sem dúvidas, mas alguns pontos teóricos ainda deixavam parte da doutrina incomodada. Dentre os questionamentos, surgiam (i) aqueles doutrinadores que não admitiam a separação entre mandato e procuração¹⁷² ou que questionavam a natureza e classificação da categorização¹⁷³ promovida por Laband, e, ainda, (ii) questionamentos sobre o processo lógico-dedutivo aplicado por Laband para atingir a conclusão abstrativa^{174,175}.

que o autor ressalta a disputa entre escolas de pensamento da época e a necessidade que os doutrinadores tinham de se ater ao grupo do qual faziam parte.

169 Aqui Laband menciona expressamente o *prokurist*, munido de poderes de representação emanados de uma figura que não era correspondente ao *mandatum*, e os efeitos eram decorrentes de lei, uma representação comercial legal (LABAND, Paul. “*Die Stellvertretung ...*”, p. 209 e ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 346). Ainda neste sentido, recomenda-se a leitura de MOSCO, Luigi. “*La rappresentanza ...*”, p. 69

170 Sobre a possibilidade de abstração dos poderes de representação e do mandato, dentre uma bibliografia praticamente inesgotável, sugerimos as leituras de HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 2 e FLUME, Werner. “*El negocio ...*”, p. 930 e ss.

171 Não faltou quem se levantasse contra a doutrina de Laband. Na Itália, destaca-se a doutrina de SOTGIA, Sergio. *Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalita*. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 90 e ss. Para o autor italiano, quanto à procuração, não se deve questionar se ela pressupõe ou não uma manifestação receptícia, mas sim os efeitos da procuração e a forma como são produzidos. Tratar-se-ia não de negócio jurídico, mas de ato jurídico *stricto sensu*. Seria um comportamento humano, autônomo em relação à vontade do mandante-constituente e autônomo em relação ao negócio jurídico, mas que nele produz efeitos. A respeito da contribuição e da construção *sui generis* de Sotgia, remetemos, além da própria obra do autor, a MOSCO, Luigi. “*La rappresentanza ...*”, p. 201 e ss.; e MADRAY, Gilbert. “*Representation ...*”, p. 118 e ss.

172 Para um panorama completo dos rivais de Laband, ver ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 364 e ss. Uma das vozes na doutrina a se levantar contra a doutrina labandiana foi HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 2, que não se posiciona contrariamente à abstração de relações, mas questiona a essência jurídica da representação, apresentada por Laband como uma autorização ou atribuição (*befugnis*), mas, que, na verdade, corresponderia ao poder de disposição (*dispositionsmacht*)

173 O termo aqui é apresentado no sentido de esquadrinhamento da figura e não de classificação ontológica. A abordagem é interna ao instituto.

174 Neste sentido e apoiado em Müller-Freienfels (*Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert* – obra trazida em *apud*), ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 376 e ss. sustenta que a teoria da representação apresentada por Laband decorreria de um contrato mercantil, submetido, portanto, a ordenações que talvez não permitam que a mesma conclusão seja forçada dentro do direito civil, num processo denominado pelo autor como produto de “eco do triunfo do espírito comercial”. Assevera o autor: “*Excogitada para o direito comercial, e depois alargada ao direito civil, deve perguntar-se agora se, uma vez ultrapassada a tendência de submeter este ultimo aos princípios informadores do primeiro, é correto aplicar-se à representação voluntária de direito civil uma solução decorrente das regras de natureza mercantil*” (p. 372). Permitimo-nos discordar do autor português, para aduzir que não parece haver no caso uma “mercantilização do direito civil”, mas sim um confronto de teses em que a abstração proposta por Laband merece algum estudo acerca de sua aplicação, ainda que ao fim e ao cabo se permita intuir que os corolários dos quais parte Laband não devem ser cogitados como pontos de partida para a representação no direito civil. Continuaremos nosso estudo a partir da tese de Laband, como, alias, também fez Albuquerque.

Por fim, parece-nos mesmo curioso que o autor alemão tenha partido de uma lei para, a partir dela deduzir uma propositura principiológica, quando o método de estudos do direito, em verdade, nos sugere exatamente o caminho oposto. Suscitar “falta de lógica” no raciocínio de Laband, todavia, não nos parece correto e, ademais, nem possível.

A construção de Laband atravessou as críticas do final do século XIX¹⁷⁶ e influenciou o tratamento oferecido à representação¹⁷⁷ pelo Código Civil alemão¹⁷⁸. Trata-se da primeira legislação europeia conhecida a estruturar a figura representativa a partir de uma teoria geral, o que se explica pelo momento profícuo de construção dogmática de doutrinadores contemporâneos e antecessores, como Savigny, Jhering e Laband.

A construção do BGB consagra a construção labandiana da *Repräsentationstheorie*. O simples tratamento da representação num livro de parte geral, destinando à figura um título específico e remetendo ao mandato, alocado na parte de obrigações como figura

175 O termo “abstração” não foi conferido à ideia de Laband de forma imune às críticas. Ernst Zitelmann (*Das Recht des BGB*, ora trazido em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 382, nota 1965), por exemplo, insurgia-se contra o termo e falava em “autonomia”. Com a devida vênia ao autor, cremos que a ideia de autonomia seja mais presente na construção jheringiana. O propósito labandiano parece condizer com a abstração das relações jurídicas de mandato e representação.

176 Ver a respeito, MOSCO, Luigi. “*La rappresentanza ...*”, p. 120 e 121, autor que traz à baila a tese de Thöl, que aduzia contra a tese labandiana, a figura de um duplo contrato: (i) o *grundvertrag*, uma espécie de contrato-base celebrado com o representante e (ii) o *hauptvertrag*, contrato principal celebrado com o representado. Esta tese é, posteriormente, rechaçada por HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 33, autor que dispõe ser a construção complexa e inadequada. Ademais, parece-nos ser uma construção próxima daquela construída por Savigny, com lado externo e interno de um mesmo negócio, que é explicado unicamente – na tese de Thöl – através da duplicidade.

As críticas a Laband, além do apresentado na nota 140 *supra*, devem ser remetidas à doutrina germânica de sua época. Na mesma época em que se deu o notável desenvolvimento da figura representativa – e não apenas ela, a pandectística se propôs a uma verdadeira reconstrução histórico-crítica do direito privado – deu-se, também, a maior crítica às teorias assentes. Ver a exemplo, a tese de Mitteis, cujas críticas são até hoje comentadas, mesmo sendo desacreditadas pela doutrina majoritária. Dentre as críticas e formulações de Mitteis, a que mais suscitou discussões foi, sem dúvidas, a tese de cooperação de vontades, a qual NATTINI, Angelo. *La dottrina generale della procura: la rappresentanza*. Milão: Società Ed. Libreria, 1910, p. 41 denomina “figura estranha”, por se tratar de negócio jurídico realizado em partes pelo representante e em partes pelo representado. Mitteis ainda é lembrado por HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, parte introdutória, p. VI, que desabona a tese do autor, mas confere-lhe os louros do pioneirismo na divisão de vontades para a construção de um negócio jurídico. Esta divisão da *voluntas*, de acordo com Hupka, seria proveniente da congruência entre terceiro e representado, e não na cooperação entre representante e representado, como pretendeu Mitteis que, de qualquer forma, iniciou a discussão que levaria à construção de Hupka, que veremos mais adiante.

NATTINI, Angelo. “*La dottrina ...*”, p. 18 e ss. ainda traz as inúmeras críticas apresentadas por Schlossmann (*Die lehre...*) como forças motrizes da contribuição hermenêutica da figura representativa. O autor alemão, a bem da verdade, teria críticas a absolutamente todos os pontos propostos por Laband e teria elaborado enorme reconstrução da figura, questionando até mesmo as fontes a partir das quais Savigny teria se valido para construir o esboço inicial da figura – partindo das exceções para afastar a regra, o que seria, no entender de Schlossmann, uma impropriedade interpretativa que macularia toda a construção que a partir dela se seguiria (neste sentido e para um panorama maior da ampla crítica de Schlossmann, que não foi acolhida pela doutrina da época, ver, além da própria obra do autor e do já citado Nattini, MARSICO, Alfredo di. *Rappresentanza nel diritto processuale penale*. Milão: Società Editrice Libreria, 1915, p. 37 e ss.; PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milão: Giuffrè, 1965, p. 216; e ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 426 e ss.)

177 No mesmo sentido de Laband e da influência ao BGB, ver na doutrina italiana SRAFFA, Angelo. *Del mandato commerciale e della commissione*. 2ª ed. Milão: F. Vallardi, 1933, p. 4 e ss.

178 O *Bürgerliches Gesetzbuch*, o BGB, trata da representação em seus parágrafos 164 a 181, sob a forma de uma teoria geral e em outros parágrafos, aplicada a contratos como, por exemplo, o mandato, disciplinado pelo parágrafo 662 e seguintes. A teoria geral da representação é tratada no Livro 1, Seção 2, Título 5, sob a denominação de “*Vollmacht und Vertretung*”, algo como “Procuração e Representação”, em livre tradução.

contratual, representa a consagração¹⁷⁹ da autonomia entre as figuras¹⁸⁰.

Foi, contudo, Hupka¹⁸¹ quem deu à figura representativa seus contornos mais próximos dos atuais, partindo da matriz labandiana e aprimorando-lhe alguns aspectos.

O autor austríaco questiona não a construção labandiana, mas a forma como ela se dá, sem a devida explicação da formação da figura representativa. Assim, nos dizeres de Hupka, quando Laband distingue abstratamente os requisitos do ato e os requisitos do efeito, reportando os primeiros ao representante e os segundos ao representado, a *Repräsentationstheorie* deixa a desejar¹⁸².

Contudo, continua o autor, analisando-se os pressupostos legais e práticos dos quais depende a produção de efeitos de um negócio jurídico, é possível se verificar quais deles remetem à pessoa do agente e quais deles se referem à parte¹⁸³.

Além disso, diferentemente do que pregava a teoria de Laband, há, para Hupka, a necessidade de se verificar a qualidade do representado não apenas como parte do negócio, mas, ainda, como constituinte do poder de representação^{184,185}.

Outro ponto criticado por Hupka foi o posicionamento doutrinário decorrente da corrente da denominada “teoria da representação” – da qual o autor austríaco, apesar das críticas empreendidas, era prosélito¹⁸⁶ – de que a atuação do representante seria voltada

179 Com o perdão da repetição do verbo, mas outra qualificação não caberia melhor neste ápice da doutrina representativa.

180 Autonomia esta que veio a ser regulada entre nós apenas no Código Civil de 2002, e não sem merecer severas críticas – que serão feitas adiante – tanto pela demora quanto pela tímida regulação, que acabou por não desvincular a representação voluntária e o mandato de forma satisfatória. Isto, aliás, só pode ser feito hoje, entre nós, por obra da interpretação doutrinária. Ver, a respeito, POUSADA, Estevan Lo Ré. “Aspectos ...”, p. 15 e ss.

181 HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 40 e ss. A favor da teoria de Hupka, dentre uma vasta maioria, ver WINDSCHEID, Bernhard. “*Diritto ...*”, v. 1, p. 363. Reconhecedores da tese de Hupka como moderna e mais bem acabada a partir da visão de Laband, mas críticos à sua formação de pensamento estão PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 66, e ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 473 em que o autor português, invocando Schlossmann e Dniestrzanski, dispõe que o poder de representação voluntária – *vollmacht* – para Hupka constitui uma qualidade jurídica em si mesma da qual é possível extrair consequências jurídicas. Isto seria um autêntico “fantasma jurídico” (Schlossmann) ou um exemplar da máxima kantiana da “coisa em si” (Dniestrzanski). Para Albuquerque, esta posição formal sem “coloração material” seria suscetível de provocar dificuldades de compreensão para toda a figura.

182 HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 40

183 HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 41

184 HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 41

185 *Vollmachtgeber*

186 Assim, ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 476, que, inspirado em Dniestrzanski, alega que “as considerações defendidas por Hupka acerca da impugnação do negócio jurídico representativo e a distinção de tratamento dado aos casos de erro ou invalidade da procuração, de um lado, e de viciação do

sempre¹⁸⁷ para a proteção da vontade do representado. Para ele, não se tratava de aferir, na conduta do representante a proteção à vontade do representado, mas sim aos seus interesses¹⁸⁸. A importância do erro na manifestação de vontade do representante enquadrar-se-ia não apenas num aspecto formal de proteção de vontade, mas, antes disso, numa questão de proteção de interesses¹⁸⁹.

Hupka ainda fundamentou a natureza jurídica da procuração como sendo um ato unilateral¹⁹⁰. Para o autor, a procuração, uma vez outorgada pelo mandante afeta exclusivamente a sua esfera de interesses. Não derivariam da procuração, portanto, nem direitos e nem deveres para o mandatário que, antes seria investido de uma capacidade jurídica que o permitiria, através de sua atuação, gerar direitos e obrigações na esfera do mandante¹⁹¹.

Este posicionamento de Hupka mereceu críticas diretas e indiretas da doutrina que o sucedeu¹⁹². Parece-nos, de fato, que tratar o poder de representação como capacidade jurídica é insuscetível de classificação a partir da escada ponteana¹⁹³.

O excesso de rigor quanto à defesa da abstração entre mandato e poder de representação pode ter levado a tese de Hupka a certos enfraquecimentos¹⁹⁴. Sua

mandato, do outro, afiguram-se não apenas em estreita consonância com a ideia de abstração da procuração como, também, com todos os demais pressupostos e momentos epigonais da Repräsentationstheorie que o autor procura desenvolver.”

187 Ou, melhor dizendo, *deveria* ser voltada.

188 O termo é de HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 47

189 HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 46-7

190 HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 22

191 A terminologia utilizada é própria, mas inspirada pela lição oferecida por Hupka que, salvo deficiência interpretativa, elabora a mesma tese expedida com termos diferentes.

192 Assim MOSCO, Luigi. “*La rappresentanza ...*”, p. 56; LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Trad.: Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 88; e ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 480-481, autor para quem a teoria de Hupka não pode ser aceita, pois o poder de representação não pode consistir em capacidade jurídica.

193 A escada ou escala construída por MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. II, p. 234 e ss., dentre outros inúmeros momentos vasta obra do autor, em especial, t. IV, p. 35-9, será base de exame do capítulo estrutural da figura representativa e a ele voltaremos com riqueza maior de detalhes mais adiante.

194 Ver, a respeito das críticas a Hupka, ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 480-484. O autor português se firma em alguns pontos específicos da tese do autor austríaco para subtrair-lhe a coesão. Dentre os pontos dignos de colocar em causa a tese de Hupka, se sobressaem aqueles que focam na insuscetibilidade de que a vontade do representante, caso eivada de qualquer vício que não a incompatibilidade com a vontade do representado, não incorra em nulidade do negócio jurídico. Para Albuquerque, reconhecer que vícios de vontade do representante eivam de nulidade o negócio principal significaria por em risco a própria abstração do poder de representação. Não reconhecê-lo, como o faz Hupka, afasta a sua tese da objetividade prática. Este reconhecimento acabou por vir, mas não sepultou a teoria monista da *Repräsentationstheorie* de que apenas a vontade do representado compunha a comunhão de vontades necessária para a conclusão de um negócio jurídico.

construção, contudo, é a base da doutrina moderna, a partir do Código Civil alemão e inspirou a formatação que hoje conhecemos e que passará a ser exposta no próximo capítulo de forma mais estruturada.

A nosso ver, o reconhecimento de que os vícios de vontade influenciam o negócio jurídico subjacente, mas, ao mesmo tempo, essa mesma vontade que influencia o negócio não o compõe enfraquece terrivelmente o sustentáculo da teoria. Não se atribui a Hupka, todavia, esta posição, já encontrada em Laband e apenas mantida em Hupka. Na verdade, a teoria de ficção monista de vontade constitutiva do negócio jurídico celebrado mediante figura representativa é atribuível, antes ainda, à teoria francesa clássica, notadamente Pothier (ver nota 145)

CAPÍTULO 2. ESTRUTURA DO NEGÓCIO REPRESENTATIVO

Os atos que influirão na esfera jurídica de cada pessoa são praticados, via de regra, pela própria pessoa que sofrerá seus efeitos, ainda que de forma omissiva. Esta presença, este ato positivo ou negativo gerador de efeitos, é exatamente o elemento que leva Pontes de Miranda a asseverar que “a regra é a apresentação, em que ninguém faz o papel de outrem, isto é, em que ninguém representa”¹⁹⁵

A figura^{196,197} representativa, a partir de uma tímida teoria geral, está inserida no Código Civil de 2002¹⁹⁸.

195 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t.III, §308, p. 267

196 Para as diferenças entre “figura” e “instituto”, por nós utilizadas indistintamente, refira-se a REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190-2

197 É chegado o momento aqui de enfrentar o desafio do qual fugimos no início do Capítulo anterior e enquadrar a figura representativa dentro de um aspecto conceitual de método. Para este trabalho aparentemente simples e secundário – mas extremamente complexo e essencial para a posterior conceituação jurídica – debruçamo-nos sobre a perspectiva geral e jurídica emprestada de CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad.: Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999 (obra à qual tivemos acesso também no idioma original *Teoria generale del diritto*. 3ª ed. Roma: Foro Italiano, 1951, e a partir da qual fazemos as observações). O autor italiano oferece uma exposição de método arraigada em três apoios em diferentes graus: a observação de dados jurídicos quanto a sua (i) forma – implicativa no binômio: composição de pensamentos e aplicação de relações ou subsunção de fatos jurídicos –; (ii) espaço, e, por fim, (iii) tempo, tratados por Carnelutti de forma mais sintética e adequada como “*três dimensões do conhecimento*” (p. 21 e ss.). O objeto sobre o qual se implica a percepção, em nosso caso, é a figura representativa. Eis aqui a nossa delimitação quanto à qualidade, quantidade e duração no universo ora proposto a análise. Quanto à redução formal da realidade representativa, como expusemos na apresentação da obra, apresentamos uma proposta dúplice em sua metodologia. Partindo das ideias da análise exegética formal de Francesco Carnelutti (*Teoria Geral do Direito*) e da tópica, expendidas por Theodor Viehweg (*Tópica e jurisprudência*).

Em posição diametralmente oposta à nossa quanto ao método ora empreendido está o mestre português ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 23 em que o autor dispõe *in verbis* rejeitarem-se “*as atitudes metodológicas de tipo ockannista ou seus desenvolvimentos subsequentes, das teorizações voluntaristas do direito bem como o logicismo puro e axiomático, o conceptualismo, a exegese e a subsunção.*” E continua o autor, ciente do arrojo de sua posição científica “*a afirmação pode parecer despropositada. As posições referenciadas parecem definitivamente comprometidas.*”. Além disso, expede críticas ao que considera “*logicismo puro*” e às considerações de aparência conceitualista, positivista legalista e exegética. O autor vai mais adiante na crítica a Laband (p. 26) a quem atribui a paternidade de uma teoria “*toda ela dominada pelo desejo de reduzir os fenômenos sociais a meras abstrações com o fim de proceder ao respectivo isolamento e, de seguida, daí extrair axiomáticamente verdades científicas*”. A crítica ao positivismo mais duro e as interpretações literais em detrimento das sistemáticas é absolutamente digna de nosso apoio. A crítica à posição metodológica de Laband, todavia, não. Expedindo sistemática carneltutiana, partimos do princípio de que o “concreto é o primeiro fruto da abstração” (“*Teoria....*”, p. 32). Assim como o autor italiano cremos que a abstração, negada por Albuquerque tanto no método labandiano quanto na criação da figura representativa que vimos *supra*, nada mais é do que a observação espacial do dado jurídico – quanto ao método especificamente e não quanto à construção do fenômeno representativo, ao qual se dará espaço mais adiante – sob um princípio estático (termo de Carnelutti). A realidade jurídica é tanto dinâmica quanto estática, partindo a análise de um dos vieses empreendidos para a análise do objeto. Renunciar a uma destas análises, parece-nos tornar a problemática um tanto torta ou imperfeita, por lhe faltar uma dos três pilares analíticos.

198 O fenômeno representativo está presente no direito pátrio há tempos, e já se fazia presente no Código Civil de 1916. A novidade trazida pelo atual diploma é a aposição de uma simplificada teoria geral da

O nosso direito civil é codificado¹⁹⁹ e a presença do fenômeno representativo se dá ao longo de sua extensão em variados momentos, muito além do que timidamente propõe o legislador na Parte Geral do Código.²⁰⁰

representação na Parte Geral do Código Civil.

199 E, possivelmente, também o será o nosso direito comercial. Há um projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados – PL 1572/2011 – que se propõe a instituir um novo Código Comercial Brasileiro, iniciativa que, a toda prova, se remete ao rigor conceitualista criticado por Albuquerque e que põe em xeque a decodificação microssistêmica operada em matéria mercantil no último quarto de século, ou mais.

200 Num panorama que pretendemos despretenso, porém completo, a demonstrar a estendida presença da representação em nosso direito positivo, trazemos excertos em que o Código Civil menciona ou trata da representação:

(a) como já mencionado e ao contrário do que ocorria no Código Civil anterior, há uma base textual geral a partir da qual são observados os demais momentos em que se observa a representação: [Parte Geral – Livro III, dos Fatos Jurídicos – Título I, do Negócio Jurídico - Capítulo II, da Representação] Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado; Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado; Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos; Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem; Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou. Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo; Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.

(b) Ainda na Parte Geral, mas de forma dispersa e tratando tanto da representação voluntária quanto da representação legal ou de apresentação de pessoa jurídica, observamos, ao tratar da ausência: Art. 22. *Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.* Art. 23. *Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.* Art. 26. *Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.* Ao tratar de pessoa jurídica, tratando por representação, o que é, na verdade “apresentação”: Art. 46. *O registro declarará: (...) III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente.* Ao tratar do domicílio do incapaz: Art. 76. Parágrafo único. *O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente (...).* Ao tratar do dolo dos representantes: Art. 149. *O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.* Quanto à prescrição: Art. 195. *Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.* E quanto à extensão das provas: Art. 213. Parágrafo único. *Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.*

(c) na Parte Especial, no Direito das Obrigações: ao tratar da prova de pagamento: Art. 320. *A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.* Quanto à doação feita ao nascituro: Art. 542. *A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.* No contrato de seguro: Art. 761. *Quando o risco for assumido em co-seguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos.* Art. 762. *Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.* Art. 766. *Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.*

Art. 775. *Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem.* Art. 801. § 1º *O estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais.* Ao tratar dos títulos de crédito: Art. 892. *Aquele que, sem ter poderes, ou excedendo os que tem, lança a sua assinatura em título de crédito, como mandatário ou representante de outrem, fica pessoalmente obrigado, e, pagando o título, tem ele os mesmos direitos que teria o suposto mandante ou representado.* Art. 915. *O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.*

(d) na Parte Especial, no Direito da Empresa: quanto à capacidade do empresário: Art. 974. *Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.* § 1º *Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.* (...) III – *o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais.* Art. 975. *Se o representante ou assistente do incapaz for pessoa que, por disposição de lei, não puder exercer atividade de empresário, nomeará, com a aprovação do juiz, um ou mais gerentes.* § 2º *A aprovação do juiz não exime o representante ou assistente do menor ou do interdito da responsabilidade pelos atos dos gerentes nomeados.* Art. 976. *Parágrafo único. O uso da nova firma caberá, conforme o caso, ao gerente; ou ao representante do incapaz; ou a este, quando puder ser autorizado.* Quanto aos requisitos de registro de contrato social de sociedade simples: Art. 988. § 1º. *O pedido de inscrição será acompanhado do instrumento autenticado do contrato, e, se algum sócio nele houver sido representado por procurador, o da respectiva procuração, bem como, se for o caso, da prova de autorização da autoridade competente.* Quanto à assembléia: Art. 1.074, § 1º. *O sócio pode ser representado na assembléia por outro sócio, ou por advogado, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata.* Ao confundir representação com “apresentação”, novamente: Art. 1.138. *A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade.* *Parágrafo único. O representante somente pode agir perante terceiros depois de arquivado e averbado o instrumento de sua nomeação.* Art. 1.141, § 1º. *Para o fim previsto neste artigo, deverá a sociedade, por seus representantes, oferecer, com o requerimento, os documentos exigidos no art. 1.134, e ainda a prova da realização do capital, pela forma declarada no contrato, ou no estatuto, e do ato em que foi deliberada a nacionalização.*

(e) na Parte Especial, no Direito das Coisas: Art. 1.205. *A posse pode ser adquirida I – pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante.* Ao tratar da administração de condomínio: Art. 1.324. *O condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se representante comum.* Art. 1.348. *Compete ao síndico: (...) II – representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns.* (...) § 1º *Poderá a assembléia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.* § 2º *O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembléia, salvo disposição em contrário da convenção.*

(f) na Parte Especial, no Direito de Família: ao tratar do casamento de relativamente incapazes: Art. 1.517. *O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.* Ao tratar da celebração do casamento: Art. 1.542. *O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.* § 1º *A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.* § 2º *O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.* § 3º *A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.* § 4º *Só por instrumento público se poderá revogar o mandato.* Quanto à anulabilidade do casamento: Art. 1.550. *É anulável o casamento (...) II – do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal.* Art. 1.552. *A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida: (...) II - por seus representantes legais.* Art. 1.553. *O menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.* Art. 1.555. *O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros*

necessários. (...) § 2º Não se anulará o casamento quando à sua celebração houverem assistido os representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação. Art. 1.560. § 1º *Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que fez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.* Ao tratar da separação judicial: Art. 1.576. Parágrafo único. *O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.* Sobre a eficácia do pacto antenupcial: Art. 1.654. *A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.* Quanto à administração dos bens dos filhos menores: Art. 1.690. *Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.* Art. 1.691. Parágrafo único. *Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo: (...) III - o representante legal.* Quanto ao exercício da tutela: Art. 1.747. *Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte.* Art. 1.759. *Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes.*

(g) na Parte Especial, no Direito das Sucessões: ao tratar da representação sucessória: Art. 1.851. *Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.* Art. 1.852. *O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.* Art. 1.853. *Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem.* Art. 1.854. *Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse.* Art. 1.855. *O quinhão do representado partir-se-á por igual entre os representantes.* Art. 1.856. *O renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra.* Quanto à atuação do testamenteiro: Art. 1.985. *O encargo da testamentaria não se transmite aos herdeiros do testamenteiro, nem é delegável; mas o testamenteiro pode fazer-se representar em juízo e fora dele, mediante mandatário com poderes especiais.*

A procuração, instrumento da representação como se verá *infra*, também é amplamente tratada pelo Código Civil brasileiro. Para além dos artigos já referidos, em que eventualmente haja expressa menção à representação e à procuração, destacamos os seguintes dispositivos, quase todos relacionados com a intrínseca relação ainda estabelecida pelo legislador entre representação e contrato de mandato: com relação ao contrato de mandato: Art. 653. *Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.* Art. 654. *Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.* § 1º *O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.* § 2º *O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida.* Art. 661. *O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.* § 1º *Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.* Art. 667. 3º *Se a proibição de substabelecer constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato.* § 4º *Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proceder culposamente.* Art. 679. *Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.* Art. 686. *A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.* Art. 688. *A renúncia do mandato será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela sua inoportunidade, ou pela falta de tempo, a fim de prover à substituição do procurador, será indenizado pelo mandatário, salvo se este provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável, e que não lhe era dado substabelecer.* Quanto ao título de crédito emitido à ordem: Art. 917. 1º. *O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu.* Art. 918. 1º. *O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador.* Ao tratar da sociedade em comandita simples: Art. 1.047. Parágrafo único. *Pode o comanditário ser constituído procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais.* Art. 1.433. IV – *a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração.* Quanto ao casamento: Art. 1.525. *O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, (...).* Art. 1.535. *Presentes os contraentes, em pessoa ou*

Avaliaremos a figura representativa atualmente reconhecida pela *communis opinio* como aquela que auxilia a sociedade no desenvolvimento de uma multiplicidade de atividades.

A ideia de representação, assim como objeto do método sistemático de avaliação proposto por Carnelutti^{201,202} e ao qual nos referimos passa por oferecer uma explicação etimológica do termo para, a partir daí, restringir sensivelmente o objeto de estudos que já foi delimitado de forma acanhada na construção histórica acima proposta.

-Etimologia e Conceito

A representação é verbete introduzido em nosso idioma em meados do século XV²⁰³. Ensina-nos, entretanto, o professor Pontes de Miranda que o termo “representação”, em sua acepção jurídica, foi concebido no século XIII; antes, portanto, da conotação teatral e artística, e muito antes da cognição política que se atribuiu ao verbete²⁰⁴.

A palavra representação deriva de sua origem latina *representatio* e traz em seu bojo inúmeros significados.²⁰⁵ Centrar-nos-emos nas definições de “*fazer as vezes de*”,

por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, (...).Art. 1.652. O cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro, será para com este e seus herdeiros responsável: (...) II – como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar.

201 CARNELUTTI, Francesco. “Teoria...”, p. 5 e ss.

202 Reconhecemos que a atribuição do método tripartido de análise científica de um objeto proposto não é uma proposta original designadamente oferecida por Carnelutti. A reflexão científica sob as feições de causalidade, tempo e espaço se encontra referida e delineada, por exemplo, na obra de SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Trad.: Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2005, p. 41 e ss. O pensador alemão, que provavelmente se inspirou em autores e pensadores anteriores – há expressa menção a estruturas tão antigas que não podem ser ao certo remetidas (p. 44) –, é um exemplo inequívoco da falta de originalidade que acometeu Carnelutti. A proposta do jurista italiano, todavia, será a ele referida não apenas pelos seus méritos de expandi-la com meridiana clareza de raciocínio, mas também pela absoluta impossibilidade de se precisar a paternidade desta abstração cognitiva (Schopenhauer chega a asseverar ter sido conhecida a técnica por sábios da Índia, constando como princípio de filosofia védica atribuída a Vyasa (*O mundo...*, p. 44) e, possivelmente, vir de um período talvez ainda mais distante e impreciso).

203 HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, pp. 2432 e 2433

204 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. III, § 308

205 Representar é: “(1) Patentear, revelar, mostrar; (2) Reproduzir pela pintura, escultura, gravura, etc.; (3) Trazer à memória, significar, simbolizar; (4) Expor; (5) Ser mandatário, procurador, embaixador ou agente de; (6) Fazer as vezes de; (7) Figurar, parecer ter; (8) Pôr em cena; (9) Ter na peça um papel; (10) Dirigir

dentre outras que nos serviriam bem ao propósito manifestado como, por exemplo “*Ser mandatário, procurador, embaixador ou agente de*”.

Representar é patentear, revelar, mostrar. Trata-se de figurar, pôr em cena. A linha tênue entre a apresentação e a representação fica mais bem enfocada sob estas luzes da semântica e da etimologia.

Presentar-se é apresentar-se. Representar, ao inverso, é figurar como tal, é ser ou a imagem ou reprodução de²⁰⁶. Não se trata de apresentar-se, mas fazer parte da extremidade ativa ou passiva de uma manifestação, sem, contudo, fazê-lo pelo elemento em próprio nome ou interesse.

Esta definição escolhida – a de “fazer as vezes de” – se amolda melhor à proposta de, dentro da teoria dos contratos, pensar a representação no momento de sua conclusão. É uma definição intuitiva da noção substitutiva inerente à figura.

Ao mesmo tempo, ao se “fazer as vezes de”, além da intuição substitutiva, há uma pressuposição de atuação. O representante, para fazer as vezes do representado, de certa forma atua em seu lugar, age nesta cooperação, nesta substituição²⁰⁷.

Quanto à conceituação da figura representativa, rendemo-nos à apresentação sistemática oferecida por D'Avanzo²⁰⁸.

O autor, numa construção ideológica que remete a Natalino Irti²⁰⁹ e a Emilio Betti²¹⁰, sugere antes uma análise histórica do ordenamento jurídico – que pretendemos já elaborada no Capítulo anterior – e uma análise do desenvolvimento da atividade humana²¹¹

uma representação a; (11) Fazer um papel; (12) Figurar-se.” in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2011, <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=representação> [consultado em 9.8.2011].

206 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1ª Ed., 1988, p. 564

207 O léxico jurídico alemão permite, nos dizeres de SOUSA, José Pedro Galvão de. *Da representação política*. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 7, em menção expressa a Bluntschli e oferecendo a posição contrária de Robert von Mohl, diferir a representação concebida no direito público (*repräsentation*) daquela designada para o direito privado (*vertretung* ou *stellvertretung*), do verbo *streten*, “que significa representar, substituir, indicando-se assim a representação como 'agir em nome de alguém' (...) ou 'substituir outra pessoa’”

208 D'AVANZO, Walter. *Rappresentanza (Diritto Civile)*. In *Novissimo Digesto Italiano*. 3ª ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, t. XIV, p. 801

209 IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 46 e ss.

210 BETTI, Emilio. “Teoria ...”, p. 172, em que o autor trata casos análogos como “socialmente útil e digno de tutela, segundo as condições históricas e sociológicas”.

211 Walter D'Avanzo (*Rappresentanza...*, p. 801) parece tratar aqui das necessidades sócio-econômicas e de sua crescente e constante mutação, a qual encontra guarida na ordem jurídica, mas é por ela previamente permitida.

em sociedade²¹².

Surge desta duplicidade de efeitos decorrentes das análises acima propostas, a necessidade de uma cooperação que tem, invariavelmente, por fim a consecução de interesses privados²¹³.

Há as circunstâncias a partir das quais emerge a necessidade de cooperação – afastadas as significações de direito público. Com o escopo de preencher a lacuna da cooperação, a virtude normativa²¹⁴ propicia que os atos humanos sejam manifestados (i) ora em concurso, (ii) ora em substituição, e (iii) ora em integração da vontade privada com a qual se pretende cooperar.

Para tratar de representação na conclusão dos contratos²¹⁵, havemos, ainda, de descartar as formas de cooperação que surgem em âmbitos não econômicos. O contrato possui caráter patrimonial e vamos tratar, portanto, da atuação cooperativa com a atuação jurídica econômica – ou patrimonial – alheia.

Situada a cooperação que nos interessa, D'Avanzo divide-a em duas: (i) a colaboração puramente material e (ii) a colaboração de vontade²¹⁶.

A classificação de D'Avanzo merece, todavia, um reparo²¹⁷. A colaboração puramente material também pressupõe uma colaboração de vontade, ainda que seja exclusivamente na externalização desta vontade. É neste sentido que, entendemos, se manifesta o autor italiano.

Seria, talvez, mais clara a separação da cooperação em: (i) colaboração para a formação da vontade e (ii) colaboração para a manifestação ou declaração da vontade.

A formação e a manifestação ou declaração da vontade são os dois momentos que concorrem para a conclusão de um contrato, de um negócio jurídico de qualquer espécie e

212 D'Avanzo fala em *consociati*, mesmo termo utilizado BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 171.

213 Assim expressamente D'AVANZO, Walter. “*Rappresentanza...*”, p. 801 a quem damos razão por explorarmos a figura sob uma perspectiva eminentemente privatista.

214 O termo, estritamente positivista, é de D'AVANZO, Walter. “*Rappresentanza...*”, p. 801

215 O contrato é espécie de negócio jurídico que, nos dizeres de BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 171 “*são atos de autonomia privada*”.

216 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 171

217 O próprio autor o reconhece (D'AVANZO, Walter. “*Rappresentanza...*”, p. 801).

até mesmo de um ato jurídico não negocial qualquer²¹⁸.

Saliente-se, ainda, que a colaboração na celebração de um contrato – ou de um negócio jurídico – pressupõe ser cingida aos limites da autonomia privada²¹⁹. A circunscrição nos priva de nos estendermos sobre a representação que não decorre da autonomia da pessoa interessada, da vontade, mas sim de letra de lei. Interessa-nos mais a representação voluntária e menos a representação legal que será trazida à obra com brevidade e sempre na medida necessária.

A cooperação que pressupõe e justifica a representação se revela como atividade voluntária em prol de interesses distintos, mas não conflitantes, relativos a sujeitos distintos, mas ligada a um único interesse, de caráter individual, portanto²²⁰.

Diante de um fundamento da representação, julga-se possível finalmente definir o instituto. A representação seria o instituto mediante o qual uma pessoa, o representante, pratica um ato jurídico para uma outra pessoa, o representado, de modo que o ato seja tomado como praticado por esta última sobre quem recaem diretamente os direitos e as obrigações que do ato derivam²²¹.

A definição acima, oferecida por Giancarlo Frè²²², muito embora seja suficientemente sintética do quanto é englobado pela figura da representação, merece ser alvo de delinação mais apurada.

Trata-se, em primeiro lugar, de uma figura de substituição, em que falta a coincidência entre o autor do negócio e o interessado²²³. O substituto é chamado a assumir a paternidade do conteúdo do negócio e a preencher-lhe os requisitos, formando sua *fattispecie*.

Para Betti²²⁴, assumindo-se que há esta substituição na formação do conteúdo

218 D'AVANZO, Walter. “*Rappresentanza...*”, p. 802

219 Neste sentido, expressamente, BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 171.

220 D'AVANZO, Walter. “*Rappresentanza...*”, p. 803

221 A definição oferecida é de FRÈ, Giancarlo. “*Rappresentanza: Diritto Privato*”, t. XVII, p. 1096

222 FRÈ, Giancarlo. “*Rappresentanza: Diritto Privato*”, t. XVII, p. 1096.

223 Para PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 167, a representação é forma de celebração de atos jurídicos com recurso à intervenção de um terceiro, o representante.

224 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 179. É de se notar que o autor italiano busca, em sua análise, um escalonamento similar àquele que Pontes de Miranda logrou êxito em estabelecer. Betti fala, de forma implícita, na análise de requisitos de existência e eficácia, mas não menciona requisitos de validade na conceituação específica da figura representativa.

negocial, passa-se, então, à análise dos efeitos jurídicos produzidos pelo negócio: se se produzem ou não em relação ao interessado, que permanece estranho ao negócio.

O autor italiano sugere, então, três possibilidades de resultado na análise de eficácia proposta: (i) que o negócio jurídico produza efeitos em relação a ambas as partes envolvidas num dos pólos, tanto para o interessado quanto para o substituto²²⁵, como no caso do contrato a favor de terceiro; (ii) que o negócio jurídico produza efeitos em relação apenas ao substituto, devendo este, *a posteriori*, tomar providências no sentido de transferir para a esfera patrimonial do interessado os efeitos decorrentes do negócio subjacente, como na representação indireta, cujo termo é criticado²²⁶; ou (iii) que os efeitos do negócio jurídico sejam produzidos exclusivamente na esfera do interessado. Eis aqui a figura da representação²²⁷.

Interessa, ainda, na seara preliminar de conceituação da figura representativa, recorrer à pirâmide bettiana²²⁸ para a explicação exata das relações transcorridas entre as três partes envolvidas: representante, representado e contraparte.

Assim, na base da pirâmide está o negócio jurídico. Este é concebido entre o representante e a contraparte, vértices do triângulo e responsáveis pela criação e

225 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 179.

226 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 180 tece aqui as necessárias críticas ao termo “representação indireta”. O autor propõe, ao invés, o termo “interposição gestória”. As críticas do autor italiano são justificadas diante da proximidade presumida entre a representação direta e a representação indireta. Trata-se de figuras decorrentes da mesma raiz, mas com propostas e estruturas diferentes. O juízo emitido pelo conceito de interposição gestória parece ser mais apropriado a diferenciar os institutos, muito embora proponha uma aproximação com a gestão de negócios, figura que diverge sensivelmente da interposição gestória, a começar pelo conteúdo volitivo da parte interessada. A despeito desta proximidade, adotaremos a nomenclatura proclamada por Emilio Betti. Em sentido contrário, a imensa maioria doutrinária. Ver, por todos, FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 875, que fala em representação “oculta, mediata ou indireta”, nos mesmos casos criticados por Betti. O autor alemão, mais adiante, contudo, adverte que tratará de representação como sendo a representação direta, aberta ou imediata apenas. A justificativa doutrinária é a de que o BGB trata de representação como sendo a representação direta, na figura do §164. A figura, que se consagrou em nossa doutrina mediante a denominação de “representação indireta” é alvo de inúmeras críticas, além das tecidas por Betti e recebe as mais diversas denominações, dentre as quais se destacam, em acréscimo às nomenclaturas já mencionadas: (i) a representação imperfeita, mencionada por OURLIAC, Paul. *Droit romain et ancien droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1957, p. 129; ou (ii) representação de interesses, interposição real ou representação imprópria (exemplos colhidos na obra de PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato...*”, p. 16, que atribui os termos a Inocêncio Galvão Telles – os dois primeiros – e Vincenzo Arangio-Ruiz – o último).

227 Neste sentido, ainda, FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 875 que é taxativo ao definir a representação e ainda atribui a análise de eficácia – que permite concluir que os efeitos são produzidos na esfera do representante – exclusivamente ao poder de representação. Assim prevê que “*el negocio jurídico concluido em nombre ajeno sólo tiene esa eficacia para el representado, en vez de para el representante, si es celebrado por el representante con poder de representación*”.

228 A pirâmide bettiana é um grafismo adotado pelo autor italiano para representar as relações decorrentes da figura da representação. A este respeito, ver o próprio BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 196.

formatação de todo o conteúdo preceptivo do negócio²²⁹.

Os lados que apóiam a base e se ligam ao terceiro vértice deste triângulo, o representado, são, respectivamente, (i) a relação jurídica²³⁰ que se estabelece a partir do negócio jurídico entre contraparte e representado, e (ii) a relação representativa entre representante e representado.

A estrutura bettiana nos liberta da interpretação de “prática de um ato”, por demasiado genérica, oferecida por Frè. Optamos pela definição oferecida por Pontes de Miranda, que não escorrega na amplitude demasiada de Frè²³¹ e circunscreve-se à

229 Em sentido parecido, no intuito de demonstrar as várias relações jurídicas suscetíveis de serem estabelecidas entre os sujeitos da relação representativa, ver PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 39, que assim dispõe: “a) *Relações entre o principal, o dominus negotii e o cooperador, ou relações internas, dependentes do negócio fundamental de gestão e cooperação, e que se concretizam no complexo de direitos e obrigações que derivam reciprocamente da relação para um e outro desses sujeitos; b) Relações entre o representante e o terceiro participante do negócio final, em consequência da posição que aquele assume no ato de conclusão do próprio negócio relativamente ao terceiro, concretizando-se no complexo de direitos que o terceiro pode adquirir frente ao representante, em dependência do seu comportamento nos próprios contratos; c) Relações entre o representante e, por seu intermédio, o representado, de um lado, e o terceiro, do outro, em dependência do comportamento do representante mesmo como cooperador, relativamente ao principal, e simultaneamente como seu substituto, concretizando-se na eficácia direta a qual constitui o escopo do fenômeno representativo; d) Relações entre o representado e o terceiro, na dependência dos vínculos que surgem entre eles, em consequência da conclusão do negócio final, concretizando-se no complexo de direitos e obrigações recíprocos entre estes dois sujeitos, nascidos do próprio negócio.*”

230 O que o Emilio Betti separa em “negócio jurídico” e “relação jurídica”, melhor seria caracterizado se a nomenclatura adotada fosse a de “elementos e requisitos do negócio jurídico” e “fatores de eficácia do negócio jurídico”. O autor italiano não ignora essa separação, contudo. Ao explicar o triângulo por ele proposto, faz expressa menção ao fato de se tratar de um mesmo negócio jurídico tanto na base quanto na aresta que liga o representado à contraparte (BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 197). O autor fala em “regulamento de interesses” e “efeitos do negócio”, com as mesmas intenções diante das quais propusemos a nomenclatura ponteana aqui referida.

231 Há de se mencionar a crítica de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “*Tratado ...*”, t. III, p. 271 sobre os doutrinadores que, na definição de representação, incluem “os efeitos que serão produzidos na esfera jurídica” do representado. Vê o autor, nestas definições, falta de precisão ao se introduzir no conceito a consequência do próprio negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. Assiste-lhe a razão, a nosso ver, ao fragmentar ambos os momentos e ao não incluir a consequência do segundo momento como elemento definidor do primeiro momento. Assim também o faz BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 196, ao destacar a partir de sua pirâmide, os planos que envolvem a representação. Envolvem-na, mas não a definem, por certo. Sequazes da posição de Pontes de Miranda, podemos citar a definição de LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A adoção do regime de comissão mercantil no processo de comercialização de mercadorias*. In *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004, v. I, p. 451, e de TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. X: *das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2-3, que classifica a representação como “*técnica de atuação em nome de outrem, que se torna, assim, diretamente vinculado*”. Ao conceituar a figura, contudo, Tepedino recorre a Piero Schlesinger e conceitua-a precisamente (termos do autor) como sendo “*o instituto pelo qual a um sujeito (representante) é atribuído (pela lei ou pelo interessado) um poder especial de substituir um outro sujeito (representado) no cumprimento de atividade jurídica em nome deste último e com efeitos diretos em sua esfera jurídica.*”. sem se render à armadilha de incluir a consequência jurídica na conceituação da figura, em nossa doutrina, podemos citar LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 95: “*atuação jurídica em nome de outrem (...), o que se dá mediante a outorga do poder decorrente da autonomia privada, pelo representado ao representante, no âmbito da representação voluntária, enquanto na representação legal a moderna doutrina vem se referindo à situação como uma verdadeira projeção do representado sobre o representante, uma substituição legal*

formatação de Betti.

Diz Pontes de Miranda ser representação “o ato de manifestar vontade, ou de manifestar ou comunicar conhecimento ou sentimento, ou de receber a manifestação, ou comunicação, por outrem (representado), que passa a ser o figurante e em cuja esfera jurídica entram os efeitos do ato jurídico, que se produz”²³².

Em todos os casos de representação direta voluntária é objetivada uma emissão volitiva, que em seu bojo contém a vontade do representante como o elemento volitivo manifestado, a fim de produzir direitos ou contrair obrigações que serão refletidos diretamente na esfera patrimonial do representado.

O instituto jurídico da representação voluntária, nestes termos, pode ser conduzido à atuação de uma pessoa, em nome de outrem, realizada no desempenho de sua vontade própria, dentro dos poderes outorgados pelo representado e que lhe competem, e cujos efeitos²³³ se produzem diretamente na esfera do interessado²³⁴.

do representado pelo representante”. Na doutrina espanhola, destaca-se GARRIGUES, Joaquin. *Tratado de Derecho Mercantil*. v. I. Madri: Revista de Derecho Mercantil, t.III, p. 142, que trata da representação direta, como “*instituição jurídica pela qual uma pessoa (representante) dá vida a um negócio jurídico em interesse e em nome de outra (representado), de tal modo que o negócio se considera criado diretamente por esta e a ela passam imediatamente os direitos e obrigações que nascem do negócio.*”

Alvos voluntários ou não da crítica ponteana são inúmeros e enumerá-los é escusado. A título de contraponto, apenas, e para que se mostre a importância dos autores que incorrem na impropriedade apontada, ver, na doutrina francesa, DEMOGUE, René. “*Traité ...*”, t. I, p. 173; na doutrina italiana, GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 1990, p.289: “*È il fenomeno della rappresentanza: un soggetto, il rappresentante, partecipa alla conclusione del contratto con una propria dichiarazione di volontà del rappresentato, subisce gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà del rappresentante, acquistando i diritti e assumendo le obbligazioni che dal contratto derivano.*”; na doutrina alemã WINDSCHEID, Bernhard. “*Diritto ...*”, t. I, p. 357, e o próprio *Bürgerliches Gesetzbuch*, em seu artigo 164, fala dos efeitos da representação ao mesmo tempo em que conceitua a figura; na doutrina espanhola, SASTRE, Ramón Maria Roca. *Estudios de Derecho Privado*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, t. I, p. 114: “*aquella institución em cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga um acto jurídico em nombre y por cuenta de outra, recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes*”.

É importante destacar que nem todas as definições que aludem diretamente aos efeitos do negócio subjacente produzidos na esfera patrimonial do representado incorrem na armadilha indicada por Pontes de Miranda. A remissão aos efeitos não pode ser absolutamente descartada na conceituação da figura representativa, mas deve ser ponderada com o intuito de diferenciar as esferas jurídicas e patrimoniais de representante e representado. Apresentando-se diante de uma planificação do negócio, como o faz o próprio Pontes de Miranda ao conceituar o instituto, os efeitos podem, de forma secundária, ser destacados como consequência necessária e lógica.

232 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “*Tratado ...*”, t. III, p. 271

233 Não descuidamos das críticas ponteanas quanto à conceituação de um instituto a partir de seus efeitos, uma mera decorrência lógica que compõe o campo pós-conceitual. A crítica ponteana, verdadeira e correta, no entanto, não afeta o quanto se afirma no texto. Pode-se entender a consequência não como elemento conceitual, mas como decorrência deste. É assim que pretendemos apresentar a afirmação acima destacada.

234 ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 502

Esta posição é a que deixa mais clara a possibilidade de distinguir a representação de que trataremos de figuras similares, as quais passamos a individualizar e submeter a análise.

-OUTRAS FIGURAS E INSTITUTOS AFINS

-Representação, Nunciatura e Figuras Análogas

Já vimos ser possível que uma pessoa diferente daquela a quem correspondiam os interesses na celebração de um negócio jurídico, pratique um ato em favor desta celebração. Esta substituição pode ser observada num âmbito e com alcance maiores ou menores.

A figura possivelmente mais modesta de substituição remete ao núncio ou mensageiro. O representante, na recepção de uma manifestação de vontade ou comunicação de vontade, e o núncio são inconfundíveis. A razão é a mesma que sustenta a existência da figura da nunciatura e a difere de forma tão clara do elemento de representação.

O substituto que é chamado a dar vida à *fattispecie* do negócio e compõe o negócio em apenas um de seus elementos, a forma, é o núncio.

Este substituto formal, nada mais é do que um instrumento intermediário²³⁵, que oferece uma colaboração subordinada ao terceiro contratante. Trata-se de uma emissão volitiva sua própria²³⁶, mas realizada de fato como uma reprodução específica da emissão

235 O termo é de BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 176

236 Assim, expressamente, D'AVANZO, Walter. “Rappresentanza...”, p. 802: “(nuncius e rappresentante) cooperano all'altrui attività giuridicamente rilevante; e cooperano apportando, ciascuno, la propria volontà, poichè non è meramente materiale l'operato del nuncius, dovendo, e decisamente, respingersi ogni equiparazione di questo ad un mezzo mecânico o ad una lettera”. E com ele temos de concordar quando remete ao núncio emitir sua própria vontade para a conclusão do negócio. Quanto a não ter uma atuação meramente material, preferimos o posicionamento de BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 176, que assim se refere ao núncio. Assim como Betti, cremos que a atuação do núncio é, sim, meramente material, muito embora sua vontade contribua para a conclusão do negócio, ela nada mais é do que a reprodução integral da vontade do interessado. A vontade é emitida pelo núncio, mas não é por ele gerada. Eis aqui o *punctum*

volitiva formada e inteiramente concebida pelo interessado.

A função do nuncio ou mensageiro é estritamente instrumental na transmissão ou recepção de manifestações volitivas.

O *nuncius* é um porta-voz, um veículo encarregado de declarar, em nome de outrem uma vontade cujo conteúdo foi inteiramente definido por outrem. Diz Galgano que a pessoa dotada de procuração que pré-determina o contrato em cada detalhe, mandado à sede do outro contraente subscrever o contrato, de sua vontade não produz nada senão a própria assinatura no rodapé da página²³⁷.

Falta ao nuncio, diferentemente do que acontece com o representante²³⁸, iniciativa ao dar forma à declaração que emite e, mais ainda, liberdade de apreciação quanto à oportunidade de celebração do negócio jurídico²³⁹.

Um substituto formal, desta espécie, pode ser usado para transmitir ao destinatário uma manifestação receptícia²⁴⁰ não formal ou, ainda, para uma emissão volitiva acompanhada ou não de um comportamento²⁴¹ que formalize a conclusão de um negócio jurídico.

Não cabe ao nuncio, como compete ao representante, a paternidade do negócio. O interessado substituído formalmente pelo nuncio é, na prática, autor e parte do negócio. É dele a gênese do conteúdo preceptivo do ato constituinte do negócio jurídico.

dolens da diferença para o representante, a nosso ver. O nuncio contribui com a emissão da sua vontade, mas não com a gênese da própria vontade emitida.

237 “È la persona che, com una procura che predetermina il contratto in ogni sua parte, viene mandata presso la sede dell'altro contraente a sottoscrivere il contratto: di suo essa non fa se non la firma in calce al contratto.” (GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 1990, p.296)

238 Deve-se ter em mente nossa fidelidade à teoria da representação. Reportamo-nos, a título de construção historiográfica, ao momento histórico protagonizado por SAVIGNY, Friederich Karl von. *Le obbligazioni*, p. 48 e ss. que praticamente inicia os estudos que culminaram na *Repräsentationstheorie*, mas parte da idéia de que o representante nada mais é do que um cooperador puramente material do *dominus negotii* e que deve ser considerado necessariamente como portador da vontade alheia. A idéia de Savigny, continuada por Hellmann (nos dizeres de FRÈ, Giancarlo. “*Rappresentanza: Diritto Privato*”, t. XVII, p. 1096), torna absolutamente impossível a distinção entre nuncio e representante. O autor alemão (Savigny) toma a segunda figura pela primeira e propõe, desta forma, a equivalência entre ambos os conceitos – notavelmente distintos, por sinal, como estabelecido pela doutrina majoritária atual. Não há, hoje, na doutrina moderna, quem não distinga o nuncio do representante, pesando apenas, ainda, algumas divergências quanto ao ponto em que as figuras se diferenciam.

239 Neste sentido, BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 176, que, vai mais além, e assevera não corresponder ao nuncio a liberdade, “nem mesmo quando haja recebido instruções alternativas, em previsão de diferentes situações com que pode deparar, ou ainda que tenha liberdade de escolha dentro de uma certa órbita”

240 Neste sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “*Tratado ...*”, t. II, p. 454

241 Remetemos ao exemplo de comportamento apresentado por BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 177, de um nuncio que apreende uma coisa da qual o interessado deseja ter a posse.

O nuncio é substituto na manifestação da vontade, mas não em sua formação²⁴².

Pode-se dizer que, quando todos os elementos do negócio jurídico a ser concluído são pré-determinados pelo representado, e o sujeito na qualidade de representante se limitará a declarar uma vontade totalmente alheia, não apenas no interesse, mas também no conteúdo, não temos representação.

A essência da representação, como vimos, consiste não apenas na manifestação de uma vontade cujos efeitos serão produzidos na esfera de outra pessoa. É imperioso que a vontade do representante seja manifestada e contribua para a produção do negócio jurídico.

A nunciatura tem como pilar, portanto, a pré-fixação da manifestação de vontade a ser dirigida à contraparte do negócio jurídico a ser formado, de forma a não restar ao mensageiro – e não representante, neste caso – nenhuma margem de deliberação e decisão.

O nuncio não manifesta a sua vontade, nem ao menos em parte. A atuação do nuncio não caracteriza representação, mas implica, assim como na representação e na interposição gestória, em interposição de pessoa.

Um fenômeno análogo à representação encontra-se fora desta atinência sempre que um fato de um sujeito tem efeitos a cargo de um terceiro, por lhe ser “referível”²⁴³. Não se trata de representação porque não propriamente um ato dotado de autonomia privada do interposto.

Assim, por exemplo, a chamada “representação passiva” na recepção de declarações alheias. Neste sentido, também, com relação à emissão de declarações meramente enunciativas²⁴⁴.

242 Em sentido similar é a lição de D'AVANZO, Walter. “*Rappresentanza...*”, p. 802

243 O termo é de BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 201

244 Declarações enunciativas que também são chamadas declarações de ciência, na doutrina italiana, e que segundo ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 70 são atos não negociais, ou seja, aqueles que não apresentam os elementos constitutivos do negócio. GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1988, v. 3, t. I, p. 5 se aprofunda mais e classifica os atos ou declarações de ciência como aqueles a partir dos quais o sujeito declara conhecimento de um fato jurídico (ambos os doutrinadores citam a confissão e a quitação como exemplos de declarações ou atos de ciência, que preferimos denominar enumerativos). Galgano arremata que o efeito das declarações enumerativas não é, como nas declarações volitivas, o de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, mas sim o de provar a existência de fatos jurídicos, estes sim, constitutivos, modificadores ou extintivos de relações.

Não há representação, ainda, nas atividades subjetivas juridicamente relevantes que não se enquadrem em atos de autonomia privada, ou seja, atividades que designam referibilidade das consequências jurídicas de um fato ou de uma relação jurídica a um sujeito diverso daquele que nela participou.

Desta forma, não há representação, por exemplo, na responsabilidade por fato ilícito alheio²⁴⁵.

Por fim, como exposto na Introdução, da representação deve diferir a apresentação de uma pessoa jurídica²⁴⁶.

-Interposição Gestória, Interposição de Pessoa e Contrato a Favor de Terceiro

A interposição de pessoa consiste, como vimos, consiste em alguém, a quem não competem os interesses em causa, praticar um ato jurídico no lugar daquele a quem, de fato, competiriam os interesses.

A própria denominação de “interposição gestória”, como aludido anteriormente, é da lavra de Emilio Betti²⁴⁷. Em que pese a preferência majoritária da doutrina por “representação indireta”, a escolha do autor italiano parece-nos a mais apropriada e justificada.

245 Neste sentido, ver, na nossa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre a responsabilização de representados por atos dos representantes: o Agravo de Instrumento nº. 1.113.830–SP (2008/0242932-2), decidido monocraticamente pelo Ministro Sidnei Beneti [d.j.u. 6.4.2009], e, principalmente, o Agravo de Instrumento nº. 613.008–MG (2004/0084638-3), decidido monocraticamente pelo Ministro Fernando Gonçalves [d.j.u. 22.10.2004], em que o julgador responsabiliza o mandante perante terceiro de boa-fé, pelos prejuízos causados pela ação inescrupulosa do mandatário legalmente constituído. Ver, ainda, Recurso Especial nº. 260.967–SP (2000/0052969-9), decidido monocraticamente pelo Ministro Castro Filho [d.j.u. 26.4.2005], em que o relator dispõe: “(...) *restringe-se a dispor que o representante sem poderes ou que tenha excedido os seus poderes fica obrigado pelo que assumiu no título, mas não estabelece, em momento algum, que tal obrigação pessoal do representante eximiria a responsabilidade do representado perante o beneficiário do título.*” (g. n.). Vale salientar que não há relação de representação caso o representante não disponha de poderes. O Min. Castro Filho está, provavelmente a confundir a figura da representação com o contrato de mandato. Este caso ilustra perfeitamente a situação em que há responsabilidade por fato ilícito alheio, sem que haja relação de representação entre as partes.

²⁴⁶ A jurisprudência também se apresenta no sentido de acolher a “apresentação”. Vejamos: REsp 237583–PR, Ministro Relator Humberto Martins [d.j.u. 17.12.2009]: “(...) *A apresentação da pessoa jurídica, ocorre pelos seus órgãos diretivos, a quem cabe a emissão de vontade nos atos jurídicos lato sensu que participa.*”

²⁴⁷ BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 180. Ver nota 226 acima

Nos dizeres de Pessoa Jorge²⁴⁸, admitir expressões tais como “representação de interesses”, “representação mediata”, indireta²⁴⁹ ou imperfeita²⁵⁰ leva a um paralelo equivocado com a noção da representação propriamente dita.

Admitir uma representação direta e uma representação indireta²⁵¹ leva à incorreta e imprópria noção de que a figura representativa constitui um gênero do qual “direta” e “indireta” seriam espécies. Assim não é, todavia.

O próprio autor português, patrono das críticas expostas, incorre num erro ao tomar gênero por espécie.

Pessoa Jorge²⁵² classifica a interposição gestória como “interposição de pessoa”. Para fazê-lo, critica justamente a nomenclatura de “interposição real”²⁵³, adotada pela doutrina portuguesa como contraposta à interposição aparente, ficta ou simulada²⁵⁴.

O autor, no entanto, leva à conclusão de que a interposição de pessoa somente pode ser caracterizada nas situações em que haja “*realização por alguém de um ato jurídico alheio por conta e no interesse do dominus, mas em nome próprio*”²⁵⁵.

Há de se discordar da interpretação expendida.

A interposição de pessoa pressupõe, de fato, a prática de um ato jurídico alheio por conta e no interesse de outrem, mas não necessariamente em nome próprio. Assim, por exemplo, enquadrámos o núncio como pessoa interposta, mas não representante e tampouco interposto gestor²⁵⁶.

A crítica de Pessoa Jorge, como antes já havia sido a de Emilio Betti, é absolutamente precisa e necessária à nossa organização hermenêutica e interpretativa.

248 PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato...*”, p. 162

249 Ver, por todos, dentre uma doutrina praticamente inesgotável, FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 875

250 OURLIAC, Paul. “*Droit romain ...*”, p. 129

251 É possível traçar o mesmo paralelo desenvolvido com todas as outras nomenclaturas apresentadas, evidentemente. Vale a crítica para autores que adotam “mediata” e “imediata”, “aberta” e “fechada”, “perfeita” e “imperfeita”, entre outras.

252 PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato...*”, p. 163

253 TELLES, Inocêncio Galvão. *Dos contratos em geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1947, p. 261

254 A apresentação de “interposição real” e “interposição fictícia” ou “interposição simulada” como espécies do gênero interposição não é acurada. A interposição fictícia não é interposição de pessoa, como os termos “fictícia” e “simulada” nos intuem a pensar. Neste sentido, também, PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato ...*”, p. 163

255 PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato ...*”, p. 162

256 A gestão aqui é de interesses e não a gestão de negócios, e o termo é o substituto do impróprio “representante indireto” que, não é demais ressaltar mais uma vez, não é propriamente um representante, mas uma pessoa interposta.

A conclusão de Betti, todavia, é precisa; ao passo que Pessoa Jorge incorre, no momento dedutivo, nas mesmas falhas em que incorre toda a doutrina justamente criticada pelo autor português²⁵⁷.

A interposição de pessoa, essa sim, é gênero do qual (i) a interposição gestória, (ii) a nunciatura e (iii) a representação – mas não só elas – são espécies. E aqui cabe o raciocínio reverso de Pessoa Jorge na tentativa de compartimentar as figuras de interposta pessoa.

O raciocínio reverso de separar espécie e gênero se coaduna com a idéia bettiana de “interposição gestória”, mas não se compatibiliza com a “interposição de pessoa” de Pessoa Jorge, que exclui o nuncio da sua natureza de pessoa interposta e toma a “interposição espécie” – gestória – pela “interposição gênero” – de pessoa.

Aqui, a exatidão do método reconhece-se pela amplitude da perspectiva por ele admitida. A nomenclatura de Betti é, sem dúvidas, mais ampla e acurada do que aquela proposta por Pessoa Jorge.

Estabelecidas as premissas de natureza e nomenclatura a serem adotadas por este trabalho, pode-se proceder a evidenciar as diferenças entre a interposição gestória e a representação, diferenças estas que já foram medianamente delineadas ao longo da exposição acima.

Ambas as figuras constituem fenômenos de substituição negocial em que não há coincidência entre a parte no negócio e o interessado. O autor do negócio, que não é o interessado, é chamado a assumir seu conteúdo e a formar-lhe a *fattispecie*²⁵⁸.

O cerne da questão subsume-se a verificar se o autor do negócio assumirá os efeitos que dele serão produzidos, ou não.

Pode ser que a situação jurídica, decorrente do negócio celebrado, gere efeitos exclusivamente na esfera patrimonial do contratante. Aí se dá a interposição gestória.

257 Vale mencionar que PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “O mandato ...”, p. 162 faz menção à sugestão nominativa bettiana, a qual classifica de “mais expressiva”, mas descarta a terminologia porque ela “teve pouco acolhimento, mesmo na Itália”. Neste sentido, ainda, RAVÁ, Tito. *Circolazione giurídica e rappresentanza indiretta*. Milão: Giuffrè, 1953, p. 1.

258 Neste sentido, ver BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 179.

Na interposição gestória, para que os efeitos patrimoniais do negócio celebrado sejam produzidos na esfera do interessado, faz-se necessária a sua transmissão, pelo *contratante-interposto gestor*, mediante a celebração de um negócio posterior com o interessado.

Na figura da interposição gestória, quem gere o negócio alheio adquire para si e se obriga pessoalmente, não havendo necessidade de desvendar ao terceiro contratante a característica de que o negócio interessa a terceiro, ou, sendo cognoscível do terceiro, reconhecendo a irrelevância deste fato em relação à relação subjacente²⁵⁹.

Os efeitos jurídicos, arcados pelo interposto gestor, serão, posteriormente ao negócio jurídico, revertidos para o interessado, mediante os adequados negócios de transmissão ou assunção²⁶⁰.

A diferença entre a representação e a interposição gestória é manifesta, em especial quando se trata de criar uma nova relação jurídica para adquirir direitos ou assumir obrigações. Na primeira (representação), a nova relação jurídica se constitui sem a necessidade de intermediações, ao passo que na segunda (interposição gestória) a nova relação jurídica se constitui a cargo de quem celebra o negócio, o que enseja um trâmite de transferência de efeitos patrimoniais.

Se, no entanto, a situação jurídica decorrente do negócio celebrado por interposta pessoa se produzir por completo na esfera patrimonial do interessado; aí, então, teremos a representação da qual cuidaremos.

259 PACCHIONI, Giovanni. *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*. 2ª ed. Milão: F. Vallardi, 1915, p. 527 e ss.

260 Interessante solução propiciou o Código Suíço de Obrigações ao dispor, em seu artigo 401, a possibilidade de transmissão direta de um bem adquirido pelo representante com recursos do representado. O artigo alude expressamente ao mandato, mas trata da relação de interposição gestória. Senão, vejamos: “Art. 401: (1) *I crediti, che il mandatario abbia acquistato verso i terzi in nome proprio per conto del mandante, passano al mandante stesso tostoché questi abbia dal canto suo adempiuto a tutte le obbligazioni derivanti dal mandato.* (2) *Ciò vale anche di fronte alla massa, se il mandatario sia caduto in fallimento.* (3) *Parimente il mandante può rivendicare, nel caso di fallimento del mandatario, le cose mobili di cui questi acquistò la proprietà in nome proprio, ma per conto del mandante, riservati i diritti di ritenzione del mandatario, che competono alla massa*”. A “aquisição indireta” que se dá no caso tratado é próxima daquela observada na representação, mas seria equivocado confundir as duas. Nesta modalidade de aquisição tratada pelo Código Suíço, há a pressuposição de uma atividade gestória que faz nascer os direitos de aquisição. Há, aqui, nos dizeres de BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 193, meramente uma dispensa do “ato de retransmissão” ao qual estaria constrita a interposição gestória. Tratar-se-ia, portanto, de mandato sem representação.

A diferença entre a representação e a interposição se atenua quando, ao invés de tratarmos da criação ou constituição de um negócio jurídico, o assunto passa a ser a extinção, por ato de disposição, de uma relação jurídica relativa ao terceiro interessado²⁶¹.

A extinção de um débito, mediante indicação de um terceiro para pagamento, torna a parte responsável pela quitação da dívida indiferente. Ao efetuar o pagamento de um débito alheio, não há diferença prática e funcional se aquele que salda o débito atua em nome alheio ou próprio, desde que o faça com base na relação jurídica entre o credor e o indicante.

Há, ainda, uma terceira possibilidade²⁶²: a de que os efeitos gerados pelo negócio celebrado por substituto sejam percebidos tanto na esfera do interessado quanto na esfera do substituto. Esta formatação é aquela que nos leva ao contrato em favor de terceiro^{263,264}.

Neste caso, há um contrato perfeitamente acabado entre duas partes, estipulante e promitente, mas em que o interesse de um terceiro – que não é parte no contrato, mas toma parte na relação contratual – é tomado como “elemento de uma causa complexa”²⁶⁵, prevalecendo, contudo, as disposições e interesses das partes contratantes.

261 Ver, a este respeito, BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 199

262 BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 199

263 Não se tratará especificamente da figura do contrato a favor de terceiro, cujas questões por si só propiciariam uma obra de similares proporções. A figura é amplamente admitida na legislação brasileira e no direito comparado. Assim expressamente na legislação pátria: “Art. 436 do Código Civil: O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438”. Ainda na lei italiana: Art. 1411 do Codice Civile – Contratto a favore di terzi: “È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare (1920 e seguenti). In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto. No Bürgerliches Gesetzbuch, parágrafo 328 – Vertrag zugunsten Dritter: “(1) Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

(2) In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern”, entre outras codificações.

264 Sobre o contrato a favor de terceiro, ver, na doutrina italiana, TARTUFARI, Luigi. “Dei contratti...”, CALICETI, Pietro. *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*. Pádua: CEDAM, 1994, e MOSCARINI, Lucio Valerio. *I negozi a favore di terzo*. Milão: Giuffrè, 1970. E na doutrina portuguesa, CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina, 1980.

265 O termo é de BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 184 e, não obstante a imensa influência do autor italiano sobre esta obra, a classificação do interesse de terceiro como “elemento de causa complexa” parece-nos impróprio. ROPPO, Vincenzo. “Il contratto”, p. 581 trata o interesse de terceiro como requisito de validade (*la validità della stipulazione in favore di terzo è subordinata a un requisito: che “lo stipulante vi abbia interesse” (art. 1.411)*). A classificação de Roppo serve melhor aos propósitos de categorizar o instituto.

A relação jurídica é constituída entre estipulante e promitente, mas o cumprimento das respectivas obrigações deve ser feito, não em proveito do estipulante, mas do terceiro por ele indicado.

A diferença para a interposição gestória repousa na relação que confere ao terceiro o direito. Esta relação, relativamente ao promitente, é a mesma relação estabelecida entre as partes do negócio. Na interposição gestória, por sua vez, a transmissão dos direitos e obrigações se dá por uma relação diversa e consequential.

O contrato em favor de terceiro constitui, para o direito moderno, um novo e maior afastamento da regra rígida, derivada da autonomia privada, que em direito romano não permitia que fossem atribuídas vantagens ou percebidos prejuízos por terceiros estranhos à relação²⁶⁶.

Em resumo, o contrato em favor de terceiro não pressupõe, como a interposição gestória, uma relação ulterior de transferência dos efeitos patrimoniais da relação jurídica subjacente. Assim também ocorre com a representação, mas o contrato a favor de terceiro com ele não se confunde.

No contrato em favor de terceiro, o estipulante age em nome próprio, ao passo que na representação, o representante age em nome e por conta do representado, o que, por si só, já constitui elemento distintivo suficiente entre as figuras²⁶⁷. Outras características poderiam ser suscitadas para robustecer a diversidade entre os institutos, mas enumerá-las foge ao escopo deste trabalho.

266 Aqui vale fazer a ressalva que já fizemos no capítulo que trata da evolução histórica e a partir da qual, forte em ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação...” cremos que a proibição romana do *alteri stipulari nemo potest* se devia a uma concepção peculiar de autonomia privada que era minorada pela presença de outras formas de substituição negocial, suficientemente idôneas para resolver os problemas que se apresentavam à época. Neste mesmo sentido, BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 185, nota 11, em momento que critica a rigidez do suposto dogma romano e posiciona-se contrário à posição de Wesenberg.

267 ROPPO, Vincenzo. “Il contratto”, p. 579 é explícito ao tratar do contrato a favor de terceiro: “Pressuposto è che lo stipulante agisca in nome proprio e non del terzo: diversamente si avrebbe rappresentanza, e il “terzo” non sarebbe veramente terzo, bensì parte (sostanziale) del rapporto contrattuale”.

-Cessão de Posição Contratual e Interposição Gestória

A hipótese da cessão de posição contratual cabe no tema de substituição de pessoa, muito embora não se enquadre na interposição. O cedente não atua como interposta pessoa e, via de regra²⁶⁸, contrata em nome e interesse próprios.

O objeto da cessão de posição contratual trataria melhor de sucessão²⁶⁹ de parte contratante, ao invés de substituição. Há de se admitir que, sistematicamente, a sucessão implica uma substituição. Funcionalmente, portanto, é inegável a relação de semelhança entre as figuras da cessão de posição contratual e da interposição gestória²⁷⁰.

O assunto será novamente tangenciado, pois não trataremos das figuras da interposição gestória ou da cessão de posição contratual, mas vale a explanação, em especial como forma de apresentação de outras formas de “circulação de contratos”²⁷¹.

A cessão de posição contratual tem como principal diferença funcional para a interposição gestória, além das diferenças formais evidentes, a substituição na “própria fonte reguladora da relação”²⁷². A substituição se dá na própria titularidade do negócio jurídico.

Na interposição gestória, como visto, isto não ocorre. O interposto gestor colhe para si os efeitos patrimoniais produzidos pelo negócio jurídico. A transferência dos direitos e obrigações se dá em momento posterior e a partir de outro ato²⁷³ jurídico²⁷⁴.

268 O que é a regra, mas comporta exceções. Nada impede que o contrato celebrado em nome próprio seja feito por interesse alheio.

269 CARRESI, Franco. *La cessione del contratto*, Milão: Giuffrè, 1950, p. 14 prevê esta possibilidade com a sub-rogação do terceiro interessado na posição do contratante

270 O raciocínio ora expandido é feito no mesmo sentido a partir do qual BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 180 parece iniciar, mas que resta concluído pelo autor italiano de forma menos enfática e mais prudente.

271 A circulação de contratos é uma idéia que remonta praticamente aos primórdios romanos referidos na evolução histórica da representação, acima apresentada. Para maiores referências, ver CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Pádua: CEDAM, 1933, p. 44, RAVÁ, Tito. *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*. Milão: Giuffrè, 1953 e GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 148 e ss.

272 O termo é de CARRESI, Franco. *La cessione del contratto*, Milão: Giuffrè, 1950, p. 31 e sofre críticas não muito claras de BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 181, nota 6, a qual classifica como “pouco feliz fórmula” e que menciona que a terminologia adotada segue a lição de Marcello Andreoli em *La cessione del contratto*, In Studi Senesi, 1950 (obra citada em *apud*).

273 Assim como a cessão caracteriza outro ato jurídico, mas neste caso quisemos nos referir a uma nova celebração, de outro negócio jurídico ulterior.

274 O momento em que se observa esta transferência é importante e merece ser mencionado. Na interposição gestória, os efeitos já foram produzidos. Na cessão de contrato isto não aconteceu inteiramente.

-Contrato com Pessoa a Declarar e Representação

O contrato com pessoa a declarar tem lugar nas ocasiões em que alguém celebra um negócio no interesse de um terceiro, mas reserva a indicação deste terceiro para um momento futuro²⁷⁵.

Trata-se, para Flume, de um caso de representação aberta²⁷⁶ em que o representante atua exclusivamente ao serviço de um interessado, mas se o representante não designa o interessado, ele próprio responderá frente ao outro contratante pelo cumprimento das obrigações ou por danos ou prejuízos decorrentes do descumprimento do contrato²⁷⁷.

Há, nestes casos, nos dizeres de Betti, “uma figura intermediária entre a interposição gestória, em que o negócio limita seus efeitos à pessoa que o celebra, e a representação, em que, ao contrário, ela atua exclusivamente a serviço do interessado”²⁷⁸.

O contrato com pessoa a declarar tem sua eficácia suspensa até que se reconheça a parte contratante. Se for o interessado, estamos diante de um caso de representação. Caso seja o substituto, estamos a falar em interposição gestória. De todas as explicações para a natureza jurídica deste contrato, a do autor italiano pareceu-nos a mais correta, sugerindo uma teoria mista condicionada à indicação de um de seus elementos: a parte contratante²⁷⁹.

Até que se feche a tipicidade contratual com a designação da parte contratante há uma expectativa de divisão dos efeitos do negócio entre a pessoa que o celebra e um

275 Artigo 467 do Código Civil: “No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes”.

276 FLUME, Werner. “*El negocio ...*”, p. 893.

277 Nosso Código Civil assim regula estas situações: “Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários: I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la; II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação. Art. 471. Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários”.

278 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 183.

279 Para um aprofundamento maior quanto à figura do contrato com pessoa a declarar, segure-se a leitura de BRITO, Edvaldo Pereira de. *A teoria do contrato e o contrato com pessoa a declarar no Projeto de Código Civil*. São Paulo, Tese (Cátedra) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001. Na tese, o professor suscita nada menos do que dezesseis teorias diferentes quanto à natureza jurídica desta figura contratual. Ainda em nossa doutrina, mas com menos foco para a figura *iuris* ora tratada, ver PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

terceiro, igualmente interessado²⁸⁰.

É característico da figura deste contrato com pessoa a declarar, que o interesse da contraparte seja tomado como “elemento de uma causa complexa”²⁸¹, na qual prevalecem, todavia, os interesses das partes, de maneira que, embora se constituindo a relação jurídica entre uma e outra parte do negócio, o cumprimento das respectivas obrigações deve ser feito, não em proveito do estipulante, mas sim em proveito de terceiro por ele indicado²⁸².

Para que a representação se “feche”²⁸³, a atribuição do negócio a um terceiro, por parte do estipulante, precisa ser aceita. A relação que confere ao interessado o direito, relativamente ao promitente, é a mesma relação que se estabelece entre as partes do negócio e não uma relação diversa consequential²⁸⁴.

A emissão, pelo interessado, de uma declaração de adesão querendo aproveitar para si os termos do negócio como propostos pelo estipulante-representante atribui à estipulação um caráter irrevogável²⁸⁵.

A representação que se depreenderia desta relação de contrato com pessoa a nomear é, no entanto, peculiar. Há, nesta figura, uma atuação em nome alheio e no interesse de outrem. A legitimidade para atuar, no entanto, derivada da outorga de poderes de representação, só advém posteriormente à formulação e celebração do contrato, em forma de declaração unilateral de consentimento do interessado.

Não entendemos, todavia, que o momento posterior de outorga de poderes de representação seja suficiente a macular a figura representativa que se depreende do contrato com pessoa a declarar²⁸⁶.

280 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 183.

281 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 184.

282 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 184.

283 Utilizando como contraponto a linguagem de Werner Flume que fala em representação “aberta”.

284 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 185.

285 Sobre a irrevocabilidade da estipulação, além das referências já expendidas de Betti e Flume, ver, na doutrina italiana, GIOVENE, Achille. *Negoziio giuridico: rispetto ai terzi*. Turim: Torinese, 1917, BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. 2ª ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, v. 1, ENRIETTI, Enrico. *Contratto per persona da nominare*. Turim: Giappichelli, 1950, GIUSTI, Alberto. *Il contratto preliminare*. Milão: Giuffrè, 1992. Na doutrina nacional, para além das teses de Luciano Penteado e, principalmente, Edvaldo Pereira de Brito, ver GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, notadamente p. 180-2.

286 No mesmo sentido parece caminhar BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 185, muito embora o autor italiano não conclua o pensamento, apenas demonstrando uma “semelhança” de figuras (representação e contrato com pessoa a declarar), sem concluir expressamente no sentido que propusemos, mas dando a entender que assim o faria se este fosse o propósito de sua obra.

-PRESSUPOSTOS DO NEGÓCIO CELEBRADO MEDIANTE REPRESENTAÇÃO

-Poder de Representação: conceito e estrutura

A representação é admissível, de modo geral, na celebração de contratos e de qualquer outro negócio que não repugne a substituição de pessoa. Os atos e negócios personalíssimos, portanto, devem ser praticados com plena espontaneidade e sua deliberação deve ser precedida de uma ponderação razoável e suficiente por parte do interessado.

Assim, é válido afirmar que, em regra, os atos personalíssimos não comportam representação, e os demais atos comportam.

Os efeitos que o negócio realizado pelo representante produz na esfera jurídica do representado têm sua raiz no poder de representação²⁸⁷.

O poder de representação é, nos dizeres de Werner Flume, “o poder de criar regras jurídico-negociais para outro por meio de uma atuação em seu nome”²⁸⁸. E continua o autor alemão: “se nos ativermos mais à terminologia legal, então podemos dizer que é o poder de emitir ou receber declarações de vontade por e em lugar de outro, entendendo-se que a regra jurídico-negocial se aplique ao representado e não ao representante”²⁸⁹.

Na verdade, há uma situação que precede aquela de celebração do negócio jurídico base e da qual o poder de representação é objeto.

Na relação social, pré-jurídica, admite-se, pelo poder de representação, que o representante encontra-se em posição de influir, com sua atividade, na esfera jurídica do representado.

O poder de representação reproduz ou, melhor colocando, externa a influência *in*

287 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Pádua: CEDAM, t. II, p. 145 e ss. e, ainda, BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 204. Para Betti, “o conceito desse poder, de que houve quem, erradamente, negasse a utilidade construtiva, é, na realidade, indispensável para enquadrar o instituto da representação na doutrina da legitimidade para o negócio”, o que reforça a importância de se discorrer sobre este pressuposto da representação.

288 FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 909

289 FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 909. A tradução acima promovida é livre e adaptada da tradução espanhola da obra do autor alemão.

abstracto do representante sobre a esfera patrimonial do representado. Trata-se da valoração prática e jurídica do elemento representativo antes que a atividade seja praticada.

Figuramos, aqui, num momento pré-contratual, uma fase preliminar²⁹⁰ à da celebração do negócio jurídico em que se demonstra, a partir do poder de representação, que o representante está investido do poder de influenciar, com sua atividade, a esfera patrimonial do representado.

O conceito deste poder permite, além de qualificar uma situação juridicamente relevante²⁹¹, classificá-lo na categoria de poderes conferidos a um sujeito no interesse de outro²⁹².

É essencial para o reconhecimento do poder de representação, que o representante se apresente à contraparte ou ao seu destinatário como um sujeito que age por conta alheia e trata de interesses do representado, e não seus próprios. Este é o agir em nome de outrem.

Para os negócios, – e para o Direito Comercial, em geral – a importância de tornar visível e evidente é sensível à contraparte para que esta tenha a consciência sobre quem está com ela contratando. Trata-se de uma simetria de informações necessária para o mercado se mantenha hígido e sobre a qual discorreremos mais no Capítulo *infra*.

Este ônus de tornar clara a parte que se está a representar deve, ademais, obedecer ao rigor que o negócio exige, se o exigir algum. Para o caso de não serem exigidas maiores formalidades sobre a individualidade da pessoa com a qual a contraparte deve entrar em relação jurídica, o ônus de reconhecimento do representado fica sensivelmente prejudicado, mas, ainda assim, se faz presente mesmo que apenas na declaração verbal da parte contratante²⁹³.

290 A tese de que se trata de uma fase preliminar do negócio jurídico pode ser encontrada em diversas doutrinas. Ver, por todos, BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 205.

291 BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 205

292 Neste sentido, ver INVREA, Francesco. *Parte generale del diritto*. Pádua: CEDAM, 1935, p. 134, em que o autor propõe a classificação a que se refere Betti, partindo da noção de “poder vicarial” como o poder de representação. A apresentação de Invrea é válida e remeteria a um estudo historiográfico sobre a aplicação da representação na Antiguidade e os atos dos *vicarius*. Sua utilidade para o desenvolvimento da doutrina representativa é inegável, mas uma construção do negócio representativo a partir da figura do *vicarius* parece-nos arbitrária, ainda que bem articulada. De qualquer forma, este estudo histórico merece destaque, mas sua discussão transborda aos limites deste trabalho. Ver, ainda, pela classificação exposta, ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1947, p. 174.

293 Há alusão neste caso ao *für Wen es angeht*, um correspondente suíço à figura do negócio “por conta de pessoa a quem diga respeito” (BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 206). Pode-se encontrar o *für Wen es angeht* no artigo 32, §2 do Código Suíço de Obrigações, que assim dispõe: “*Se al momento della conclusione del*

Esta externalização compõe o *iter representativo*. Não deve, portanto, ser relevada, mesmo que a declaração da parte representada se faça da maneira mais simples, discreta e informal possível.

A atitude externamente reconhecível de representante não é, no entanto, suficiente. Isto porque a celebração de um negócio em nome de um terceiro, como vimos, não constitui, por si só, justificativa para uma transferência dos efeitos jurídicos para a esfera do terceiro interessado²⁹⁴.

Celebrar o negócio em nome alheio apenas indica que, quanto à intenção de quem o celebra, a destinação do negócio é a de regular, não interesses próprios, mas sim interesses alheios.

O elemento externo que caracteriza o poder de representação, além da externalidade da informação de atuar em interesse de terceiros²⁹⁵, que pode ser elemento comum às figuras de interposição de pessoa, é um *modus operandi* de representante, preventivamente justificado pelo poder de estabelecer um regramento vinculativo dos interesses alheios²⁹⁶.

contratto il rappresentante non si è fatto conoscere come tale, il rappresentato diventa direttamente creditore o debitore nel solo caso in cui l'altro contraente dovesse inferire dalle circostanze la sussistenza di un rapporto di rappresentanza o gli fosse indifferente la persona con cui stipulava." (g.n.). Nesta figura, admissível tanto nos contratos obrigatório como translativos, o intermediário proponente, embora mostrando que age em nome alheio, não precisa identificar o representado, nem documentar o seu poder de representação, mas deve, ao mesmo tempo, assumir como seu o negócio que propõe, na eventualidade da contraparte pretender, ou ter interesse, em celebrá-lo com ele, sem correr o risco da alternativa de uma identificação incerta (BETTI, Emilio. "Teoria...", p. 207). Trata-se do contrato com pessoa a nomear, figura generalizada que costuma conferir ao contrato maior elasticidade, de acordo com a *praxis* mercantil e com a posição dos interessados no negócio.

294 É possível, a título exemplificativo, que o interposto gestor, ao celebrar o negócio jurídico com uma contraparte, declare expressamente a sua intenção de transferência dos efeitos patrimoniais ao gerido. Nem por isso há representação, tampouco poder de representação.

295 A tese segundo a qual existe sempre representação quando se depara com a atuação em nome do interessado compreendida dentro dos poderes representativos outorgados é oferecida pela doutrina amplamente majoritária. Assim podemos ver, a título ilustrativo, dentre os autores que comungam desta posição: FLUME, Werner. "El negocio...", p. 909 e ss., BETTI, Emilio. "Teoria...", p. 204 e ss., MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milão: Giuffrè, t. I, 1973, p. 233 e ss., STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Pádua: CEDAM, 1947, p. 187 e ss., PAPANTI-PELLETIER, Paolo. *La rappresentanza volontaria nei sistemi romanistici europei e latinoamericani*. In Roma e America – Diritto Romano Comune: Rivista di Diritto Dell'Integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma. Nº 8, 1999, p. 6 e ss., SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3ª ed. Turim: UTET, 2004, v. II, p. 179 e ss., ASCENSÃO, José de Oliveira. "Direito Civil...", p. 240 e ss. Para um importante contraponto de que os poderes de representação não fazem surgir o fenômeno representativo, mas apenas devem ser considerados para a avaliação de fatores de sua respectiva eficácia, sugere-se a leitura de PUGLIATTI, Salvatore. "Studi ...", p. 58. A lição de Pugliatti é inspiradora, mas a temos por incorreta, por aproximar o poder de representação da ratificação, por exemplo, este sim um ato unilateral que opera na eficácia do negócio representativo.

296 A definição parcialmente encontrada em BETTI, Emilio. "Teoria...", p. 207 pode parecer idêntica ao próprio conceito de poder, buscado em FLUME, Werner. "El negocio...", p. 909, mas é apenas congruente.

É este poder que legitima o representante a atuar em nome do representado e que estabelece os limites da atuação e a demarcação de uma responsabilidade preconceitual, para o representante que atue sem poderes ou em excesso, não obrigando, consequentemente o interessado e se responsabilizando perante a contraparte²⁹⁷.

Esta preocupação em que seja externado o poder de estabelecer regulamentos em nome de terceiro interessado, bem como o próprio ato de agir em nome de terceiro, são importantes porque o poder de representação deve atuar não apenas na relação interna representativa, mas também na relação base, em face da contraparte.

Surge daí a necessidade da prática de um ato, desta vez proveniente do interessado-representado destinado à contraparte e de forma a ser dado a conhecer o seu efeito vinculativo e seu teor objetivo²⁹⁸.

Da mesma forma que se faz necessário um ato que dê à contraparte o conhecimento da outorga do poder de representação, sua limitação ou cessação devem ser igualmente inequívocas à contraparte²⁹⁹.

Nos casos em que o interesse do representante no negócio base seja prevalente ou concorrente³⁰⁰ com o interesse do representado, igualmente se observa o poder de

Há, nos dizeres de Betti, nos quais nos inspiramos, a proposição de um elemento externo e preceptivo que caracteriza o poder de representação, mas não o define, como fez o autor alemão.

297 Ver na jurisprudência paulista, a Apelação nº. 9085596-23.2005.8.26.0000, relatada pelo Desembargador Romeu Ricupero [d.j.u. 17.9.2007], em que o síndico excede os poderes de representação – e não representação – no exercício de suas funções estatutárias e responde pessoalmente, não vinculando o condomínio: “*Síndico que, pelo excesso ou abuso de mandato, responde por seus atos, não vinculando o Condomínio, mesmo porque o ato impugnado não resultou de exercício regular de suas atividades.*”

298 Aqui sim, com o devido acatamento à tese expedida por PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 58, estamos diante de um ato que denota, para o negócio representativo, fator de eficácia. Não é o poder de representação um fator de eficácia, mas sim um requisito para sua existência (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. “*Tratado ...*”, t. I, § 91, 98-9, t. II, § 223, t. III, § 308-15, t. IV, § 376, 383-4, 388, 441, 450-1, dentre outros momentos da obra em que o autor explicita ou subentende este entendimento).

299 Ver, neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: (i) AgRg no REsp 881023 – MS, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros [d.j.u. 8.2.2008]: “*Extinção do mandato. Revogação. Ato praticado pelo ex-mandatário. Validade. Terceiros de Boa-fé. É válido e eficaz o negócio jurídico praticado por ex-mandatário com terceiro de boa-fé, que desconhecia a extinção do mandato.*”; e, principalmente, (ii) Ag 1294105, de decisão monocrática do Ministro João Otávio Noronha [d.j.u. 7.6.2011]: “*(...) são válidos perante os contratantes de boa-fé, todos os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa.*”

300 Há de se entender aqui o concorrente como concorrente e não conflitante. O conflito – que pode surgir em casos de contrato celebrado pelo substituto consigo mesmo (artigo 117 do Código Civil), em nome próprio ou como representante de outra parte, ou em outras situações – pode, ao contrário, configurar abuso de representação e pode exautorar a legitimação derivativa do representante. A respeito da procuração em causa própria no direito brasileiro, ver MIRO JÚNIOR, Joaquim. *Procuração em causa própria e seus efeitos*. Curitiba, Tese (Livre-Docência) da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Paraná, 1952; CRUZ, Manoel Martins da Costa. *Procuração em causa própria: definida e aplicada pela*

representação³⁰¹.

-Poder de Representação: fontes. A Procuração e o Mandato: diferenças

Isto exposto, surge a necessidade de se melhor explorar as fontes do poder de representação.

O poder de representação pode fundar-se:³⁰² (i) na lei, ato de poder público ou aceitação de um cargo³⁰³, ou (ii) em sua criação pelo representado, segundo os princípios da autonomia da vontade, ou seja, uma outorga de poder³⁰⁴.

Surge daí o conceito suficientemente intuitivo de “representação legal” e “representação voluntária” ou “negocial”³⁰⁵.

A primeira é aquela extraída de uma situação jurídica legalmente prevista em que o representado se encontra e em virtude da qual está submetido ao representante, como, por

jurisprudência. São Paulo: Estabelecimento Graphico Magalhães, sem data

301 Nos dizeres de BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 210, “a sua (do representante) legitimidade para o negócio conserva, todavia, o caráter derivativo de uma legitimação de segundo grau, a qual, aqui, como noutros lugares, pressupõe, sobrepondo-se a ela, uma legitimação de primeiro grau por parte do representado, como sendo aquele a favor de quem, exclusivamente, o negócio deve realizar, mesmo então, todos os seus efeitos”.

302 A classificação ora adotada segue os padrões de estudos de fontes proposto por FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 909-10. A lista de Flume parece-nos, ao mesmo tempo, a mais sintética e completa, contudo, não escapa de merecidas críticas: subtraímos do rol oferecido pelo autor alemão a fonte de representação classificada como “*nomeação de um órgão legitimado à representação de uma pessoa jurídica*”. Creemos, que Flume se equivoca ao considerar a nomeação de um órgão de apresentação de pessoa jurídica como fonte de poder de representação, justamente porque, como já se disse na Introdução (ver *supra*), com estribo em Betti e, principalmente Pontes de Miranda, não há representação nestes casos, senão apresentação. Se da fonte oferecida não se infere a figura, então não há entre elas correlação lógica, o que nos leva a excluí-la do rol de fontes.

303 O ato de poder público e a nomeação para um cargo constituem fontes que quase necessariamente derivam para a representação concebida pelo direito público. Sua classificação como fonte de poder de representação, contudo, merece ser destacada em primeiro momento, de formatação de classes de fontes. Não nos ocuparemos destas fontes, todavia, cingindo-nos à outorga por ato de autonomia privada e, em menor escala, pela lei.

304 Na legislação brasileira, colacionamos o artigo 115 do Código Civil brasileiro, que dispõe: “*Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.*” POUSADA, Estevan Lo Ré. “*Aspectos ...*”, p. 15 e nota 4 promove uma breve crítica ao dispositivo legal por restringir a duas as fontes da representação. O autor menciona, se bem entendemos, a representação sem mandato como representação *ex voluntate*. Não podemos concordar com esta posição, pois a representação embasada em relação gestória subjacente diversa do mandato está, também, amparada pela vontade do indivíduo que outorga os poderes. A representação sem mandato não opera, a nosso ver, *ex voluntatis*, mas sim pela vontade do outorgante, que elege um embasamento gestório diverso do mandato para prover a eficácia da legitimação dos poderes outorgados.

305 Optamos pela nomenclatura “voluntária”, por ser mais abrangente.

exemplo, a tutela.

Já a segunda deriva da vontade do interessado em ser representado. A figura é construída e emana de uma manifestação volitiva do representado³⁰⁶.

A representação da primeira espécie é definida como a representação legal ou necessária e é diversa da representação voluntária, cuja *fattispecie* se revela num negócio jurídico do mesmo interessado.

A representação tem como fonte voluntária mais comum a procuração³⁰⁷.

A procuração é negócio jurídico unilateral³⁰⁸ de outorga de poderes representativos, absolutamente independente da relação jurídica material ou gestória que possa estar na sua origem.

A procuração tem por características a independência³⁰⁹ e abstração³¹⁰, configurando-se como ato cuja formatação e conceito são suficientemente idôneos para que, por si só, seja conferido o poder de representação à contraparte.

306 Por tratarmos de figuras de cooperação e substituição, há semelhanças, ainda que pequenas, entre a representação e uma enorme lista de institutos jurídicos. Para uma referência mais pormenorizada, além daquela brevemente oferecida neste trabalho, às diversas figuras que apresentam algumas afinidades com a representação, mas constituem figuras dela distintas, sugere-se, dentre uma doutrina praticamente inesgotável, a leitura de BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 176 e ss., MOSCO, Luigi. “La rappresentanza ...”, p. 22 e ss. e 75 e ss., LARENZ, Karl. “Derecho Civil...”, p. 583 e ss., ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 2ª ed. Coimbra Editora, 2003, v. II, p. 243 e ss.

307 NATTINI, Angelo. “La dottrina ...”, p. 18.

308 Neste sentido, a título exemplificativo diante de um número praticamente interminável de autores, ver HUPKA, Josef. “Representación ...”, p. 84 e ss., WINDSCHEID, Bernhard. “Diritto ...”, p. 361, NATTINI, Angelo. “La dottrina ...”, p. 97 e ss., BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 211, STOLFI, Giuseppe. “Teoria ...”, p. 195, SAGGESE, Francesco. “Rappresentanza ...”, p. 73, D'AVANZO, Walter. “Rappresentanza...”, p. 805, MOSCO, Luigi. “La rappresentanza ...”, p. 149 e ss., FERRARA, Luigi Cariota. “El negocio jurídico. Trad. Manuel Albaladejo. Madri: Aguilar, 1956, p. 691, ROPPO, Vincenzo. “Il contratto”, p. 28 (autor que classifica a procuração como “ato unilateral não inclusivo” na esfera patrimonial de terceiros, uma posição questionável, a nosso ver), MESSINEO, Francesco. “Il contratto ...”, t. II, p. 238, MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratto in generale*. 2ª ed. Turim: Unione tipografico-editrice torinese, 1967, p. 374; e URITE, Ernesto A. Sánchez. *Mandato y representación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 25.

309 A ideia de independência da procuração é amplamente difundida diante da *communis opinio*. Em sentido absolutamente contrário à ideia de independência integral da procuração, ver CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de Direito Comercial*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2009, p. 563: “Teoricamente, poderíamos assistir a uma atribuição puramente abstrata de poderes de representação; todavia, tal “procuração pura” não daria, ao procurador, qualquer título para se imiscuir nos negócios do representado”.

310 LABAND, Paul. *Die Stellvertretung bei dem abschluss von rechtsgeschäft nach dem alldem*. In *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*. Stuttgart, 1866, v. X, p. 221 (obra mencionada em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 335 e ss.). A respeito da abstração e independência da representação relativamente ao contrato de mandato, leia-se o Capítulo *supra*, que trata do surgimento da figura, seus delineamentos, o influxo iluminista e a conseqüente consagração da teoria de matriz labandiana, que separa representação e mandato. Ver, ainda, MOSCO, Luigi. “La rappresentanza ...”, p. 146 e 147.

Afirma-se a natureza abstrata da procuração para significar que ela não recebe o título que materialmente a explica e justifica, qual seja, aquele decorrente do negócio fundamental.

A procuração não possui causa típica peculiar; constitui, a bem da verdade, “meio de atuação para o cumprimento de obrigações assumidas em contratos de causas distintas”³¹¹.

A idoneidade a que se recorre no parágrafo anterior, alude ao que a doutrina convencionou “representação sem mandato”. A relação interna intercessora entre representante e representado – e não necessariamente o mandato – qualquer que possa ser, é apta a produzir os efeitos representativos, desde que preenchidos os requisitos para que surja a figura da representação.

Não se ignora que a conferência de representação tem, no mais das vezes, uma justificação econômica e social³¹² decorrente de uma relação subjacente de cooperação ou de gestão³¹³ de variadas espécies. Há, contudo, uma clara distinção entre o negócio que origina a representação e a procuração em si mesma.

Nesta situação, o mandato ou outro contrato, qualifica exclusivamente a relação interna entre representante e representado³¹⁴. É, portanto, fonte de obrigações do substituto para com o interessado.

311 A citação é de Orlando Gomes, e pode ser encontrada em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 507, nota 15, autor que, no entanto, não menciona a fonte da citação do autor baiano. O autor português ilustra a citação com uma crítica ao posicionamento de Gomes, aduzindo ser a procuração um negócio causal típico, pois “o seu conteúdo específico é plasmado por uma função econômica social própria e constante: trata-se de permitir que terceiros atuem, perante outros, com eficácia direta para o representado”. Em que pese a crítica do autor português – lastreado no posicionamento de MIRABELLI, Giuseppe. “*Dei contratto ...*”, p. 373 e NEPPI, Vittorio. *La rappresentanza, saggio di una ricostruzione critica*. Milão: Giuffrè, 1961 – ao jurista baiano, parece que Gomes trata da função econômica mediata da procuração, a causa-função ou final, ao passo que Albuquerque se refere à causa imediata subjacente, a causa eficiente. Por este motivo, trazemos e sustentamos a posição de Orlando Gomes, mas sem rechaçar a crítica que, se bem entendemos, parece tratar de outro aspecto da mesma engrenagem jurídica. Ademais, trata-se de mais uma das infundáveis confusões terminológicas impostas pela doutrina tradicional que vem trabalhando, desde Aristóteles, o conceito de causa, desdobrado em (i) causa eficiente, (ii) final, (iii) formal, (iv) exemplar e (v) material. Adentrar nesta seara seria desviar absolutamente os propósitos deste trabalho.

312 O termo “justificação econômica e social” visa justamente a se evitar qualquer confusão com a causa contratual, ainda que ambos os termos se tangenciem ou mesmo se confundam em determinadas situações.

313 Não se trata da relação subjacente que justifica a representação, mas sim a relação base da qual ela decorre. Neste sentido, é possível a celebração de um contrato de mandato outorgando poderes específicos para a celebração de um determinado contrato. O contrato, neste caso, seria a relação subjacente mediata almejada pela concepção da figura representativa, e o mandato seria a relação base da qual decorre imediatamente a representação.

314 Ou, melhor dizendo, entre interessado e substituto.

A procuração, por sua vez, é negócio abstrato, idôneo para atuar nas relações externa com terceiros com independência em relação às “vicissitudes que possa sofrer a relação causal interna”³¹⁵. É, assim, a fonte de representação nas relações externas com a contraparte³¹⁶.

É exatamente esta distinção de regulações internas e externas que possibilita uma clara distinção entre a *fattispecie* da relação interna de cooperação ou substituição e o ato de conferência de poder de representação, um poder cujos efeitos apenas se produzem a partir da sua externalização.

Esta é, na nossa posição, a intenção primeira elucubrada, ainda de forma rudimentar, por Savigny³¹⁷ e depois desenvolvida por Laband³¹⁸ e Hupka³¹⁹.

A abstração entre a representação e o mandato decorre não propriamente do momento da gênese da figura e do contrato, mas sim dos fatores de eficácia inerentes a cada um deles.

A proposta de Hamza³²⁰ e Albuquerque³²¹, ambos influenciados por Schlossmann³²² e outros críticos da *Repräsentationstheorie*, é a de desconstrução do “dogma”³²³ da abstração a partir da análise das relações representativa e base em função dos efeitos jurídicos produzidos por uma e por outra.

A princípio, empregando a análise sistemática ponteana de existência, validade e eficácia, o primeiro ímpeto é o de rechaçar a crítica à abstração proposta pelos autores mencionados, como, de fato, rechaçaremos mais adiante.

A análise mais superficial da questão nos levaria a imaginar, firmes em tudo o quanto proposto até o momento, que os fatores de eficácia do mandato e da representação

315 BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 211

316 Neste sentido, além do autor mencionado na nota acima, ver HUPKA, Josef. “Representación ...”, p. 155 GRAZIANI, Alessandro. *Negozio di gestione e procura*. In Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1931, v. 1 p. 555, FERRARA, Luigi Cariota. “El negocio ...”, p. 212 e 691, e RUSSO, Giacomo. *Mandato civile e commerciale*. Roma: Athenaeum, 1936.

317 SAVIGNY, Friederich Carl von. “Sistema ...”, p. 90

318 LABAND, Paul. “Die Stellvertretung ...”, v. X, p. 221 (obra mencionada em *apud* de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 335 e ss.).

319 HUPKA, Josef. “Representación ...”, p. 2

320 HAMZA, Gabor. “Aspetti...”, p. 196.

321 ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 119 e ss.

322 Ver Capítulo *supra*.

323 O termo é de LORENZI, Valeria di. *La rappresentanza diretta volontaria. Problemi e soluzioni alla luce dell'analisi economica del diritto*. In Contratto e Impresa. Pádua, v. 13, nº 2, 1997, p. 599 e ss.

são diferentes porque atuam em esferas particularmente distintas.

A produção de efeitos do mandato é interna e a produção de efeitos representativos é externa. Se a questão, contudo, fosse desta meridiana simplicidade, deveríamos atribuir a Savigny o ponto final da questão ao entender que o *mandatum* romano corresponderia ao lado interno de uma relação que possuía como lado externo a *procuratio*³²⁴.

A resposta para se chegar à abstração – ou à imprescindibilidade e união – da procuração e do mandato passa, contudo, por uma enorme série de discussões doutrinárias que tentaremos resumir e tratar de forma mais concisa, posto que cada um delas ensejaria um trabalho individual por si só.

Discute-se, assim³²⁵, (i) a natureza da procuração e suas características, (ii) sua ligação ao negócio subjacente entre representante e representado, (iii) a forma de se estabelecer a extensão dos poderes representativos, (iv) as consequências da extinção do negócio-base para a representação, (v) se o interesse do representado compõe ou não o fenômeno da representação, (vi) se a atuação em nome alheio é imprescindível para a representação, e (vii) se o negócio representativo surge como fruto da atuação conjunta de representante e representado ou se é suscetível de recondução a uma das duas partes³²⁶.

Muitas das questões acima expostas já foram respondidas ou tangenciadas pela estruturação que propusemos da figura representativa. O nosso posicionamento não indica, entretanto, entendimento pacífico dentre a doutrina.

Já deduzimos a procuração como ato jurídico unilateral, oferecendo o posicionamento contrário, rechaçado pela doutrina majoritária. Quanto à relação da procuração como instrumento da representação voluntária, num desdobramento desta questão da natureza jurídica, há algumas vozes dissonantes e algumas posições contrárias.

Pedro Albuquerque, invocando autores de matriz tedesca como Schlossmann, Seeler e Dniestrzanski, coloca a questão da natureza da procuração numa contraposição

324 Ver, a respeito, além de todo o exposto no Capítulo *supra*, ALBERTARIO, Emilio. “*Studi ...*” t. III, p. 500 e WATSON, Alan. “*Contract...*”, p. 79.

325 A lista de dissensões doutrinárias baseia-se na ampla pesquisa de ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 503, base da tese de doutoramento do autor português.

326 Aqui devemos nos remeter novamente a BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 195 que atribui a vontade do negócio representativo exclusivamente ao representante, que detém o conteúdo preceptivo do negócio-base. A comunhão de escopos entre representante e representado não deve ser confundida com uma comunhão de vontades nos entendimentos do autor italiano e com o qual estamos de pleno acordo.

entre a abstração e a autonomia da procuração *versus* o seu respectivo carácter causal³²⁷.

Com as vênias necessárias à imponente doutrina contrária, posicionamo-nos ao lado da *communis opinio* ao advogar a abstração e autonomia da procuração. O contrato a partir do qual deriva a relação substitutiva ou gestória – seja ele o mandato ou não – não se confunde com aquele que o gestor representante vai realizar e que normalmente determina a forma da procuração.

As diversas relações gestórias das quais pode derivar a procuração e que servem de justificativa para muitos autores defenderem a causalidade³²⁸ da procuração constituem, a nosso ver, o real motivo de defesa da abstração da procuração³²⁹, que se apresenta, frente

327 O autor português sintetiza a polémica quanto à abstração da procuração neste confronto: abstração x causalidade. Em defesa da abstração da procuração, na doutrina italiana, ver NATTINI, Angelo. “*La dottrina ...*”, p. 99, PAPANTI-PELLETIER, Paolo. “*La rappresentanza ...*”, p. 9, nota 22, MOSCO, Luigi. “*La rappresentanza ...*”, p. 139 e ss. Contrários a esta posição, FERRARI, Sigfrido. *Gestione di affari altrui e rappresentanza*. Milão: Giuffrè, 1962, p. 85-86, DONISI, Carmine. *Contratto com se stesso*. Camerino: Scuola di Diritto Civile Dell’università di Camerino, 1982, p. 164 e ss. e, principalmente, a já referida lição de PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 69 e 72. Para as diferenças de opiniões na doutrina alemã, ver as posições contrárias à abstração expostas em Albuquerque p. 513, nota 22, e dentre os autores que defendem a abstração, ver, por todos, HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 211 e FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 910 e ss.

328 A questão, a nosso ver, está bem formulada, mas mal posicionada quanto à nomenclatura. A causa da procuração constitui elemento de validade deste negócio e não poderia se contrapor à abstração que, se bem entendemos estaria ligada ao fator de eficácia do negócio. O termo causalidade estaria mal empregado e poderia ser substituído, por exemplo, por acessoriedade. Manteremos a nomenclatura criticada, todavia, porque, neste caso, a alteração de termos pode representar prejuízo para os propósitos de inteligência e limites da questão proposta. As relações causais do negócio jurídico constituem amplo fórum de discussões doutrinárias, discussões que, uma vez propostas, deverão suplantar a questão principal ora abordada. Para aqueles que defendem a utilização do termo causalidade, há entre a relação subjacente e a procuração justamente uma correlação de *in Geltung Setzung*, ou atribuição de validade do negócio jurídico de atribuição de poderes de representação. ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 522, nota 61 fala em *in Geltung Setzung* para tratar de condição de existência, muito embora o próprio autor português traduza como “atribuição de validade”. Adotamos a tradução de Albuquerque e não sua interpretação sobre a conceituação germânica. Trata-se, parece-nos, de uma questão de requisito de validade para os prosélitos da acessoriedade da procuração.

329 As diversas legislações foram concebidas neste sentido da abstração da procuração. Assim, ver o § 167, I do *Bürgerliches Gesetzbuch*: “*Erteilung der Vollmacht: (1) Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.*” - Concessão de procuração: (1) A procuração é conferida por declaração para a pessoa a quem será conferida a autoridade, ou a terceiros em relação aos quais a autoridade produzirá efeitos (em tradução livre). Quanto ao *Codice Civile*, em seu artigo 1388, dispõe: “*Contratto concluso dal rappresentante: Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse de del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli (19), produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.*” Já o Código Civil português, de inspiração germânica, dispõe em seu artigo 262, I: “*Representação voluntária (Procuração): 1. Diz-se procuração o acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos.*” Em todos estes casos os textos são aparentemente favoráveis à doutrina da abstração da procuração, em especial o BGB, porquanto estabelece apenas como a concessão do poder se realiza mediante declaração frente ao procurador ou a terceiro perante o qual deve ter lugar a representação, sem parecer exigir mais nada para além desta mesma declaração. A posição, de matriz estritamente positivista não pode servir como a única a justificar a abstração da procuração, mas dentro de um conjunto de justificativas é certamente um ponto de destaque.

às múltiplas relações gestórias, como um negócio autônomo³³⁰.

Entender que a procuração não está ligada de nenhuma forma a qualquer relação gestória ou substitutiva seria teratológico. Já vimos que a natureza da representação está intimamente ligada às ideias de agir em nome e por conta de outrem.

Outorgar poderes de representação sem que haja uma relação subjacente estabelecida a se estabelecer entre representante e representado, normalmente tendente a celebrar um ou mais negócios alinhavados ou futuros, constitui um esvaziamento da relação representativa³³¹. Este esvaziamento se daria a partir de um de seus elementos

330 Em posição contrária à apresentada, ver FERRARI, Sigfrido. “*Gestione ...*”, p. 124 e ss. que destaca que a circunstância de a representação se associar aos mais variados negócios de gestão nada tem a ver com a sua suposta autonomia, mas se explica, antes, pela fungibilidade estrutural dos negócios referidos. O esquema funcional de todos os negócios gestórios integrar-se-ia, segundo o autor italiano, num contexto de função teleológica comum em que cada um destes negócios apresentaria uma elasticidade e uma fungibilidade suficientes para se afigurarem tendencialmente compatíveis com a representação.

331 Neste mesmo sentido, e aparentemente sem entender que a causa e a abstração sejam contrapostos na relação representativa, ver HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 155 e FLUME, Werner. “*El negocio...*”, p. 909 e ss.

Hupka defende que o poder de representação é outorgado sempre por referência a uma relação jurídica já existente ou a se estabelecer entre representante e representado. Nesta relação interna, para o autor austríaco, é que se manifestaria o fundamento material da concessão a determinada pessoa do poder de disposição sobre o patrimônio. Para Hupka, contudo, questão distinta é a de saber se a validade da procuração se encontra dependente da existência jurídica do contrato de gestão que ela supõe. Três são os exemplos de Hupka quanto às hipóteses de uma procuração isolada: (i) se uma pessoa concluir um negócio em meu nome, sem mandato, ignorando que eu lhe conferi poderes de representação precisamente para esse negócio, mediante declaração feita diretamente ao terceiro, eu ficaria indiscutivelmente obrigado pelo negócio, mesmo se entre procurador e representado não se tiver concluído qualquer contrato, (ii) se, na eventualidade de ter sido outorgado poder de representação, um terceiro contratar com o procurador, dentro dos limites da procuração geral, não se lhe poderá opor a exceção segundo a qual o representante agiu sem esperar pelo correspondente mandato, e (iii) A outorga a B poderes para receber importâncias, como forma de cumprimento de uma obrigação que, na verdade, não existe. Se o terceiro paga ao procurador, fica indiscutivelmente liberto do vínculo para com A.

Já para Flume, a procuração não pode ser concebida isoladamente, isto é, sem um relação causal subjacente, exceto se o representado estiver erroneamente convencido de um relação gestória entre ele e o representante ou nos casos de uma futura relação jurídica entre eles (nos termos muito parecidos com os de Hupka). O poder representativo (*vertretungsmacht*), afirma Flume, enquanto poder relacionado ou dirigido para outrem, apenas é tolerável quando o representante se encontra vinculado ao cumprimento de certos deveres (não explicitados pelo autor). O legislador alemão não teria seguido, para o autor, a via de incluir no poder de representação qualquer tipo de vinculações, antes o teria concebido como mera legitimação com efeitos para terceiros.

Para ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 516, nota 27, a posição de Flume constitui um “abastardamento da teoria da representação”. Quanto às situações propostas por Hupka, Albuquerque (p. 572-3, nota 169) rebate-as uma a uma. Na primeira situação, (i) argumenta que a proposta de Hupka é demasiado académica e dificilmente corresponderia a uma situação real. Quanto ao bojo da relação, Albuquerque, assentado em Guichard, dispõe não haver eficácia da representação não comunicada ao representante. Com todo o respeito às críticas bem fundadas do autor português, não parece lhe assistir razão. O primeiro argumento, ainda que pertinente, não pode ser suscetível de desqualificar o problema proposto por Hupka. Já o segundo argumento é falho por imaginar que a procuração outorgada não pode ter como fator de eficácia a comunicação ao terceiro-contraparte, mas necessariamente ao representante. O representante, de posse da procuração, já estaria legitimado a atuar em nome do representado. A procuração, no caso exposto por Hupka, subsiste de forma isolada, mas não independente. Albuquerque alega, a nosso parecer de forma errônea, que o representado não pode atuar sem que tenham lhe sido

constitutivos: a causa³³².

Por outro lado, como a legitimidade representativa se dá pela concessão de procuração, tanto no direito alemão como no direito italiano, e se estabelece sem a necessidade de qualquer outra referência, dependência ou pressuposto outro, sustentam alguns autores³³³ que não há porque sustentar que a eficácia da procuração se encontraria subordinada à existência e validade da relação jurídica interna.

O contrato de mandato, na verdade, encontra uma disciplina de base substancialmente uniforme, independente da relevância externa concretamente assumida, o que serve também para demonstrar como a representação não é essencial ao mandato³³⁴.

A representação é, neste sentido, um fenômeno que se junta ao mandato e influencia o modo de produção dos respectivos efeitos, mas não é suscetível de fazer parte da sua estrutura ou, de alguma maneira, exercer influência sobre ela.

O mandato como negócio jurídico possui, em suma, uma estrutura e função típicas que não são alteradas pela representação. A representação “adere” ao mandato, estendendo os seus efeitos para além da simples esfera das relações entre mandante e mandatário e tornando-o oponível perante terceiros.

Com a representação, o mandato passa a gozar de uma eficácia direta na esfera

transmitidos os limites de atuação, o que é correto, mas não se aplica ao caso, sendo possível admitir que a existência da procuração possa valer como índice de utilidade de uma eventual gestão de negócios. Poder-se-ia discutir se a transmissão de informações ao terceiro não constituiria mandato ou gestão de negócios entre representante e representado. De qualquer forma, a se admitir que sim, estaríamos diante de uma situação de autonomia da procuração, mas não independência, exatamente a posição defendida nesta obra e admitida pelos autores citados (muito embora tanto Hupka quanto Flume sejam seguidores da abstração absoluta proposta por Laband, admitindo a nossa posição como a exceção que confirma a regra). Quanto ao segundo caso, trata-se de mandato eventual, aludido por Flume, e que Albuquerque rebate a partir da formulação ontológica de desprezar as construções feitas a propósito de resultados obtidos pela aplicação do fenômeno. Muito embora assista razão ao autor português em seu combate à dedução lógico-formal proposta por Hupka e Flume, não há um argumento de consistência apresentado pelo autor a legitimar uma crítica dogmática à situação fática proposta. Por fim, quanto ao terceiro caso, Albuquerque logra convencer-nos do erro de Hupka. O recebimento indevido ou questionável de uma prestação obrigacional pelo representado em nome do representante não o exime da prática representativa que lhe foi encomendada. Questionar a validade da relação subjacente ou da relação a que se alude concluir mediante representação não autoriza o raciocínio de que a procuração foi, desde sempre, autônoma. Está, a nosso ver, mantido o fundamento material para determinada pessoa do poder de disposição sobre um patrimônio alheio implícito no próprio poder.

332 Aqui sim há de se falar em causa, e não como contraponto da abstração.

333 Notadamente HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 162, com a ressalva feita pelo próprio autor austríaco e mencionada na nota 297 *supra*, e MOSCO, Luigi. “*La rappresentanza ...*”, p. 146.

334 Neste sentido, ver PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “*O mandato ...*”, p. 120, entre outros momentos da obra.

alheia que noutros termos seria inexistente. Os atos praticados pelo mandatário, dentro dos limites conferidos, passam a gerar efeitos imediatamente na esfera do mandante. Age, portanto, o mandatário, com *contemplatio domini* e revela para o exterior o fato de agir como cooperador de outro sujeito.

Admite-se, assim, a abstração do poder de representação com relação à relação gestória subjacente³³⁵ – seja ela o mandato ou não – ao mesmo tempo em que não se pode negar uma relação de instrumentalidade entre ambas, negócio representativo e relação subjacente³³⁶.

Há, no próprio sentido de representação, uma prioridade lógica da relação jurídica subjacente entre principal e representante em relação a todos os outros momentos do fenômeno representativo.

Não há como refutar que a existência e validade do poder de representação independem da relação gestória subjacente, mas sua eficácia está intimamente ligada à relação interna e por ela se guia³³⁷. O “agir em nome alheio” pressupõe um norte para o qual o representante deve rumar em sua atuação.

Se possível cindir a gênese da representação, poder-se-ia dizer que o poder de representação goza de uma autonomia estrutural, mas não funcional, em contraposição à relação gestória ou substitutiva subjacente.

Dizer que não há qualquer abstração da relação representativa digna de nota, como pretende os sequazes da teoria que ganhou força a partir de Schlossmann³³⁸ seria tão equivocado quanto defender a tese labandiana de abstração absoluta de qualquer relação gestória externa.

335 Ver BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 216, nota 6, ao se referir a jurisprudência italiana: “A procuração é um negócio jurídico autônomo, unilateral, receptício, distinto da relação fundamental de gestão entre representante e representado.” Neste sentido, ainda, NATTINI, Angelo. “La dottrina ...”, p. 85 e ss.

336 Neste sentido de adoção parcial da *Repräsentationstheorie* há uma enorme parte da doutrina, cada autor partilhando em maior ou menor escala o “grau” de abstração do poder de representação. Dentre as posições mais marcantes, referimos à doutrina italiana, notadamente PUGLIATTI, Salvatore. “Studi ...”, p. 267-8 (o mais radical dentre os autores de cariz italiana consultados quanto à insuscetibilidade de se argumentar a abstração e autonomia absolutas da representação), MOSCO, Luigi. “La rappresentanza ...”, p. 142, BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 211, e ROPPO, Vincenzo. “Il contratto”, p. 258.

337 Em sentido próximo, ver PUGLIATTI, Salvatore. “Studi ...”, p. 267, FERRARI, Sigfrido. “Gestione ...”, p. 124 e MESSINEO, Francesco. “Il contratto ...”, t. I, p. 127.

338 Para um panorama completo da teoria de Schlossmann, sugere-se a leitura de ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 426 e ss.

A construção labandiana³³⁹, lapidada por Hupka como visto *supra*, permitiu a desconstrução de um autêntico dogma que ligava de forma indissociável representação e mandato³⁴⁰. Trata-se de uma construção avançada que culminou no amplo desenvolvimento da *Repräsentationstheorie*³⁴¹.

Sua formação³⁴² permitiu que se ligasse a representação a outras relações substitutivas gestórias³⁴³, tais como, exemplificativamente, o contrato de prestação de serviços.

Se, por um lado, esta construção trouxe uma liberdade dogmática e hermenêutica nunca gozada pelo negócio representativo desde sua gênese histórica, por outro lado,

339 Tida por FLUME, Werner. “*El negócio ...*”, p. 917 como um acréscimo doutrinário “genial” e por Hans Dölle (*Juristische Entdeckungen Festvortrag en Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, t. II, p. B6) como uma “descoberta” jurídica (obra mencionada em *apud* de FLUME, Werner. “*El negócio ...*”, p. 917, nota 20).

340 Há, no direito italiano, um dispositivo que vincula intimamente representação e gestão de negócios, num formato parecido com aquele experimentado na relação brasileira com o mandato. Diz o artigo 2.031 do *Codice Civile*: “*Obblighi dell’interessato: Qualora la gestione sia stata utilmente iniziata, l’interessato deve adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunte in nome di lui, deve tenere indenne il gestore di quelle assunte dal medesimo in nome proprio e rimborsargli tutte le spese necessarie o utili con gli interessi (1284) dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte. Questa disposizione non si applica agli atti di gestione eseguiti contro il divieto dell’interessato, eccetto che tale divieto sia contrario alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume*”. “Obrigações do interessado: Se a gestão tiver sido utilmente iniciada, o interessado deve adimplir as obrigações que o gestor tenha assumido em nome alheio, deve indenizar o gestor daquelas obrigações assumidas em nome próprio e reembolsar-lhe todas as despesas necessárias o úteis com o interesse desde a data em que as despesas foram assumidas. Esta disposição não se aplica aos atos de gestão realizados contra proibição do interessado, exceto se a proibição seja contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes” - em tradução livre. Há, neste caso, no exercício de gestão de negócios, a produção de efeitos representativos diretos na esfera patrimonial do interessado. Para uma referência acerca do modo como é encarada a problemáticas das relações entre gestão de negócios e representação, ver PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 208 e ss., FERRARI, Sigfrido. “*Gestione ...*”, p. 131 e ss., e PAPANTI-PELLETIER, Paolo. “*La rappresentanza ...*”, p. 39 e ss.

341 Para as críticas aos resultados e à proposta metodológica propugnados por Laband, ver ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, principalmente p. 550 e ss., mas também em diversos outros trechos da obra, autor que acusa o alemão de promover suas conclusões a partir de “*uma inversão metodológica marcada pelo conceitualismo e, por conseguinte, por uma visão do direito assente num sistema fechado e de tipo central, lógico-formal ou axiomático-dedutivo, inadmissível*”.

342 Por formação estamos a tratar da estrutura jurídica da representação e do poder de representação como simples legitimação que tem por conteúdo um poder (*können*) independente em relação ao “poder conforme o dever” (*dürfen*). Este poder, nos dizeres de FLUME, Werner. “*El negócio ...*”, p. 917 significa somente que “*o obrar jurídico negocial do representante vale juridicamente para o representado*”. Crítica a esta posição de Flume vem na obra do próprio autor alemão e atribuída a Müller-Freienfelds no sentido de que a “*limitação do campo visual ao 'puro poder' na definição do poder de representação corresponde a um 'modo de pensar própria das ciências naturais'*”. A posição crítica de Müller-Freienfelds é próxima da exposta na obra de Pedro Albuquerque e já largamente referida (autor português que, inclusive, cita Müller-Freienfelds em inúmeras passagens de sua obra).

343 Neste sentido, ver FLUME, Werner. “*El negócio ...*”, p. 914, que diz que “*o grande mérito de Laband foi ter configurado o poder de representação como simples legitimação a partir do exemplo de poder. Chegou a ele mediante a separação do poder em relação ao mandato, e afirmou com razão: 'Com a liberação do poder em relação ao mandato, do poder de representação com relação à relação jurídica que em concreto exista entre o representante e o representado, se dá a possibilidade de uma legitimação independente para o tráfico'*”.

firmou-se a independência de qualquer relação gestória interna como outro dogma que substituiu aquele ultrapassado por Laband³⁴⁴. Nos dizeres de Flume, Laband teria atingido as ideias mais corretas, mas ultrapassou-as³⁴⁵.

O exemplo que talvez melhor ilustre os excessos de parte a parte das teorias conflitantes seja a extinção da procuração. Defender que a extinção da procuração se dá com a extinção do negócio gestório subjacente não é possível, já que se admite a possibilidade de que a procuração subsista ao termo do negócio interno³⁴⁶.

Vê-se, portanto, uma clara distinção entre um e outro, ao mesmo passo em que não é possível sustentar uma independência entre ambos os negócios³⁴⁷. A abstração está na relação separada do negócio gestório, não se pode estabelecer uma relação de acessoriedade entre um e outro instituto.

Há, todavia, uma relação de dependência entre um e outro. É possível estabelecer relações autônomas e dependentes?

Parece, especialmente a partir das leituras de Hupka³⁴⁸ e Flume, que sim³⁴⁹.

344 Está-se a falar da relação representação-mandato como figuras indissociáveis e pertencentes a um mesmo esquema jurídico.

345 FLUME, Werner. “*El negocio ...*”, p. 918 e em nota 22, na mesma página atribui a Müller-Freienfelds a frase de que Laband teria ido “*más allá de las ideas acertadas*”.

346 Neste sentido, de todas as codificações estrangeiras, nenhuma exprime com maior clareza esta pseudo-suficiência da procuração como o diploma lusitano. O artigo 265, I do Código Civil português assim dispõe: “*Extinção da procuração: 1. A procuração extingue-se quando o procurador a ela renuncia, ou quando cessa a relação jurídica que lhe serve de base, excepto se outra for; neste caso, a vontade do representado*”. Parecem translúcidas aqui duas ideias: (i) a de que a procuração subsiste após o término da relação gestória interna e (ii) esta subsistência é artificial e aguarda apenas que a legitimação contida no poder de representação seja, posteriormente, complementada por uma nova relação gestória interna a ser oportunamente concebida. Ao mesmo tempo em que não é possível ligar umbilicalmente a representação à relação gestória, não se pode negar que é a relação gestória que atribui a eficácia à representação, que não constitui um direito subjetivo ou potestativo por si só, mas uma dotação de poder que carece de especificação.

347 Ver, neste sentido, BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 215 que dispõe, com a clareza habitual: “*(...) a distinção conceitual entre negócio regulador da relação interna e conferência de poder em relação a terceiros, não é concebida de um maneira abstrata e mecânica, no sentido de implicar, necessariamente, uma rígida e extrínseca separação entre um e outro*”. A posição do autor italiano levou ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 557, nota 132, e outras passagens a questionar Betti sobre posicionar-se favorável à abstração mesmo tendo expedido um raciocínio que levava à conclusão contrária. Mais adiante Betti arremata (p. 215) de uma maneira que externa a posição que adotamos neste trabalho: “*Isto não impede que mandato e encargo de gestão, em si mesmos considerados, continuem a ser atos conceitualmente diferentes da conferência de representação: dado que, como tais, só pretendem regular as relações internas entre o interessado e a pessoa encarregada de lhe tratar dos negócios, dando a esta instruções vinculativas acerca da orientação a seguir no exercício da gestão*”.

348 HUPKA, Josef. “*Representación ...*”, p. 161

349 Autores secundados por uma *communis opinio* tão numerosa que o arrolamento de seus prosélitos é despiendo. Ver, no entanto, a título exemplificativo, TUHR, Andreas von. *Derecho Civil: teoria general*

E duas razões de ordem parecem justificar o caráter abstrato do poder de representação: (i) a circunstância de a abstração comportar graus em sua aplicação, não significando necessariamente a independência de um negócio jurídico com relação a um título ou relação que lhe está subjacente, e (ii) no caso da procuração, a extinção da relação jurídica subjacente, ainda que extinga os poderes representativos – o que pode não ocorrer em caso de suspensão – não pode ser oposta a terceiro que, sem culpa, a tenha ignorado³⁵⁰.

A autonomia da *procuratio* reside justamente no fato de a procuração ter sido emitida, histórica e materialmente, de forma separada da outra manifestação de vontade com que se confere o encargo.

O ato unilateral de outorga de poderes representativos é perfeito quanto à sua existência e validade de forma absolutamente autônoma à relação gestória subjacente³⁵¹. Este ato, todavia, se acaso desvinculado de uma relação gestória que lhe provenha conteúdo material, não é suscetível de produzir os efeitos jurídicos principais almejados pela relação representativa³⁵², quais sejam, vincular de forma imediata o representado³⁵³.

Há, para nós, uma limitada abstração da procuração³⁵⁴, cujas fronteiras são impostas pela boa-fé dos terceiros³⁵⁵, mas que diante da qual deve subjazer à outorga

del derecho civil alemán. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946, t. II, p. 385 e ss. O contraponto de autores como Albuquerque (Portugal), Pugliatti (Itália) e uma escola alemã iniciada por Schlossmann e continuada por Seeler, Isay e Dniestrzanski é oferecida ao longo do trabalho.

350 Neste sentido, BRITO, Maria Helena. *A representação nos contratos internacionais: um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 124 e 159.

351 E isto fica translúcido a partir da leitura de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “*Tratado ...*”, t. III, § 308.

352 Ver, para tanto, LARENZ, Karl. “*Derecho Civil ...*”, p. 594, ao atribuir aos poderes de representação simples natureza auxiliar (*hilfsfunktion*) e ao considerar que a representação não é um fim em si mesmo.

353 Assim expressamente PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 75-6 e ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 575, nota 170, autores que declaram que a procuração declarada antes da relação gestória não pode desenvolver sua eficácia por lhe faltar o conteúdo para determinar o respectivo âmbito, deixando, para a ordem jurídica, a dependência do momento no qual se verificará a circunstância que lhe determine o conteúdo. Neste aspecto há de se concordar com os autores. Questiona-se quando, a partir do fator de eficácia que falta à procuração isolada, estes autores (em especial Albuquerque) perscrutam a validade e existência da procuração e sua autonomia (mesma a relativa que admite este trabalho) com relação ao negócio gestório. Há uma desordem conceitual nesta crítica ao confundir requisitos, pressupostos ou elementos e fatores de eficácia. E a crítica é especialmente válida quando o questionamento ao elemento de causa do negócio representativo emerge não de uma construção dogmática, mas de uma dedução lógico-formal (tão criticada por Albuquerque e utilizada pelo autor português em sua própria conclusão) a partir dos efeitos a serem produzidos. Uma autêntica construção reversa, ainda que se precise admitir muitos méritos nas teses de ambos os autores, que apresentam importantes contrapontos e, porque não dizer, falhas nas construções clássicas apresentadas.

354 Neste sentido, a todos os autores já trazidos, acresça-se NEPPI, Vittorio. *La rappresentanza nel diritto privato moderno: saggio di una teoria generale*. Pádua: Cedam, 1930, p. 202 e ss. e 261

355 Já que se admite uma abstração da relação gestória, busca-se a limitação noutro fator externo, salvo interpretação equivocada da obra de NEPPI, Vittorio. “*La rappresentanza nel diritto ...*”, p. 261

voluntária de poderes de representação uma autorização material³⁵⁶ genérica³⁵⁷ destinada a garantir o indispensável nexo de correspondência entre a vontade do representado e a atuação do representante³⁵⁸.

-Atuação em nome alheio: a Contemplatio domini

O outro pressuposto da representação é a atuação em nome de outrem^{359,360}, revelada ostensivamente à contraparte³⁶¹. Atuar como representante é atuar em contemplação do outro³⁶², o negócio jurídico resultado da atuação do representante não produz efeitos para ele, mas para o representado.

Como visto, para que tenhamos o fenômeno da representação, não basta que o representante tenha agido em interesse alheio, não basta que a contraparte esteja ciente de

356 Trata-se aqui da *rechtsmässigkeit*, uma autorização capaz de explicar a conformidade de certo comportamento ao direito, e não de uma mera autorização ou habilitação (*ermächtigung*). Para ALBUQUERQUE, Pedro. “A representação ...”, p. 585, nota 195 a *rechtsmässigkeit*, como autorização material, só pode ser alcançada com a relação gestória, posição com a qual discordamos por entendermos que a própria outorga de poderes representativos constitui a *rechtsmässigkeit* suficiente para a figura representativa. A se admitir, como fazemos, que a relação gestória subjacente supre a procuração com um fator de eficácia necessário para a produção de efeitos jurídicos na esfera patrimonial do representado, não se quer com isto dizer que está ela a substituir o fator de eficácia dos efeitos representativos constituída pelo próprio documento de outorga de poderes. Esta posição é típica do autor que desconstrói a abstração dos poderes representativos e condiciona não apenas sua eficácia, mas sua existência ao negócio subjacente gestório, posição que refutamos. A crítica à postura de Albuquerque é mais acentuada em BETTI, Emilio. “Teoria...”, p. 218, nota 9 (não propriamente a Albuquerque, que escreveu décadas depois do autor italiano, mas a Regelsberger) que dispõe que o conceito geral de autorização foi aproveitado do *iussum* das fontes romanas e elaborado por alguns pandectistas alemães através de uma sutil diferença conceitual entre *ermächtigung* e a “facultização representativa” (*bevollmächtigung*). Ver, sobre a questão da autorização e suas diferentes matizes, PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. “O mandato...”, p. 387 e ss., BIGIAMI, Walter. *La delegazione*. Pádua: CEDAM, 1940, p. 137, e, principalmente FLUME, Werner. “El negocio ...”, p. 1037-9.

357 A “autorização genérica” de que se fala estaria ligada às noções de assentimento ou consentimento como corolários da outorga de legitimidade ao representante para atuar interferindo na autonomia privada e na esfera patrimonial do representado. Para a alegação de que o poder de representação não constitui propriamente uma atribuição genérica (*befugnis*), mas sim um poder técnico de disposição (a derivação de um *dispositionsmacht* para um *wirken-können*), ver HUPKA, Josef. “Representación ...”, p. 2, nota 1 e p. 26.

358 Para além do referido sobre Neppi, ver PAPANTI-PELLETIER, Paolo. “La rappresentanza ...”, p. 106.

359 Ver, sobre a *contemplatio domini*, dentre uma doutrina praticamente inesgotável, as obras que abordam o assunto com maior riqueza: D'AVANZO, Walter. “Rappresentanza ...”, p. 800 e ss., e, principalmente, MOSCO, Luigi. “La rappresentanza ...”, p. 291 e ss., além das obras tratadas imediatamente abaixo neste trabalho.

360 Para PUGLIATTI, Salvatore. “Studi ...”, p. 499 a tarefa do representante é agir no interesse do representado e, eventualmente, para a melhor consecução deste interesse, também *em nome* do próprio representado. A frase do autor italiano demonstra a importância da *contemplatio domini*, muito embora seja digna de uma correção substancial: não há que se falar em representação sem *contemplatio domini*, como faz parecer Pugliatti. A atuação do substituto, que seja em conveniência, mas não em nome do interessado, não é representação, mas interposição gestória, senão outra espécie de interposição de pessoa.

361 Os autores de diferentes países e as diversas legislações ligam a figura representativa a outros elementos. Adotamos aqui os dois pressupostos comuns a todos os doutrinadores e legislações: o poder de representação e a *contemplatio domini*.

362 FLUME, Werner. “El negocio ...”, p. 890

que o representante não atua em seu interesse próprio, mas em interesse alheio. A representação pressupõe a atuação em nome alheio, ou, na linguagem tradicional: *contemplatio domini*³⁶³.

Trata-se, portanto, de modalidade de atuação do cooperador³⁶⁴.

Observada a regra da *contemplatio domini*, o contrato ou negócio jurídico deve ser concluído em nome do representado. Somente quem atua em nome alheio atua como representante³⁶⁵.

Se um sujeito age em nome próprio, ainda que em interesse de outrem, omitindo a atuação em nome daquele por conta de quem age, o contrato produzirá efeitos na esfera patrimonial do representante³⁶⁶, havendo necessidade de um negócio posterior para transferência dos efeitos para o representado. Em outras palavras, a *contemplatio domini* é elemento que difere a representação da interposição gestória.

A declaração do nome alheio – o agir em nome alheio ou *contemplatio domini* – é um elemento estrutural da figura representativa que, ausente, impede que sejam produzidos os efeitos típicos da representação e que o ato praticado pelo representante toque a esfera patrimonial do representado de forma de imediata e direta.

A *contemplatio domini* implica dois elementos ou características próprias³⁶⁷: (i) a manifestação de que o ato não é praticado em nome próprio, mas por um terceiro interessado (o representado), e (ii) a manifestação da identidade deste terceiro interessado. Ambas as informações são necessárias e não são concorrentes ou exclusivas, mas cumulativas.

Estes elementos referidos por Roppo confluem na já mencionada exteriorização da representação, que Flume trata como um princípio³⁶⁸.

363 O termo é, nos dizeres de ASCENSÃO, José de Oliveira. “*Direito Civil...*”, p. 272, nota 399, “algo ambíguo” e é utilizado pelos autores de línguas de raiz latina, mas ignorado pelos autores germânicos.

364 MONACHE, Stefano delle. *La contemplatio domini: contributo alla teoria della rappresentanza*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 3 e PUGLIATTI, Salvatore. “*Studi ...*”, p. 170 e diversos outros momentos da obra, notadamente p. 494

365 Assim, de forma muito clara, FLUME, Werner. “*El negocio ...*”, p. 891 e BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 180, ao tratar a “representação indireta” não como representação, mas como interposição gestória.

366 Assim prevê o artigo 1.705 do *Codice Civile*, ao tratar do mandato sem representação: “*Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.*”

367 Os elementos do agir em nome alheio são oferecidos por ROPPO, Vincenzo. “*Il contratto*”, p. 275

368 FLUME, Werner. “*El negocio ...*”, p. 891 fala de “princípio da exteriorização da representação”, imputável, nos dizeres do autor, ao ordenamento alemão. Flume vai adiante e assevera não ser a atuação em nome alheio um pressuposto da representação, mas uma exigência legal dos países de tradição romano-

Diferentemente do poder de representação, que suscita dúvidas e discussões em praticamente todos os seus aspectos, a *contemplatio domini* é servida de questões de menor complexidade doutrinária³⁶⁹.

Esta exteriorização não comporta formas complexas. Pouco importa como se dá. A atuação “em nome alheio” pressupõe a necessidade de se reconhecer que o negócio jurídico não deve ser um negócio do representante, mas do representado.

A *contemplatio domini* traz sua justificativa em uma questão que será mais bem abordada mais a frente, no Capítulo *infra*. Ela serve à transparência e clareza do tráfego das relações jurídicas, em especial para o terceiro que deve saber de que negócio se trata e quais as informações que dele derivam³⁷⁰.

germânica. A discussão é longa, mas tendemos a discordar do autor. A construção da figura representativa dentro do que se convencionou chamar “*civil law*” admite a formatação que expomos – e que tem, de fato, origem germânica. Falar que a representação no direito inglês não exige a *contemplatio domini* – com o faz Flume – é misturar princípios de hermenêutica na categorização ontológica de institutos do nosso Direito. Ainda que isso seja uma tendência moderna – como, por exemplo, a tentativa de integração do conceito de *consideration* ao direito contratual pátrio – esta tarefa não nos cabe aqui.

369 Não é, contudo, esta a posição de MONACHE, Stefano delle. “*La contemplatio ...*”, p. 2 que em obra excepcionalmente ampla e completa crítica com veemência a negligência da literatura jurídica quanto a este elemento de “notável importância prática”.

370 Sobre a assimetria de informações tratar-se-á mais para frente também, no Capítulo *infra*.

CAPÍTULO 3. ANÁLISE ECONÔMICA DO NEGÓCIO REPRESENTATIVO

Não há maiores questionamentos quanto à destinação originária da representação ser a de tornar possível que o representante desenvolva sua autonomia privada com efeitos patrimoniais e jurídicos gerados na esfera do representado³⁷¹.

Estipulamos que a figura representativa na conclusão dos contratos se dá a partir de uma anormalidade, que é a ausência ou impossibilidade de uma das partes, ou de ambas as partes, para a celebração do negócio.

A admissibilidade teórica da representação voluntária em larga escala trilhou um longo percurso, muito embora a figura já pudesse ser vislumbrada em tempos romanos³⁷².

O reconhecimento teórico pleno da representação³⁷³ voluntária na conclusão dos contratos e sua afirmação como categoria dentro do gênero de interposição de pessoas permitiu um mais curto trânsito³⁷⁴ de efeitos jurídicos e econômicos produzidos pelos contratos.

Quem age em nome próprio, como obtém para si e suporta por si os efeitos do ato praticado, – da qual se retira a função e, ao mesmo tempo, o risco do negócio – também costuma suportar-lhe o custo.

Aquele que, ao contrário, atua em nome alheio, por não obter nem suportar os efeitos patrimoniais essenciais do negócio, – e com eles, o risco – não está, em regra,

371 Não se ignora a possibilidade de que a figura representativa torne possível a produção de efeitos (i) no interesse do representado, (ii) no interesse de ambos, representante e representado, ou mesmo (iii) de um terceiro estranho às relações representativa e base. Trataremos, para os efeitos de análise econômica da figura, de sua destinação originária, colocando em segundo plano as finalidades diversas apresentadas (o que BETTI, Emilio. “*Teoria...*”, p. 209 classifica como “heterogênese dos fins”, em que a regulamentação de um instituto pode ser realizada em um sentido divergente daquele decorrente da destinação originariamente concebida para ele.

372 Neste sentido, e, como já expusemos, contrário à doutrina majoritária, ver ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 43 e ss.

373 A representação da qual se trata aqui, vale lembrar, é a chamada “representação direta”. A popular “representação indireta” é tratada em todo o trabalho como interposição gestória, e não como representação.

374 O termo mais apropriado aqui, no sentido técnico, talvez fosse “produção” dos efeitos, mas o verbete trânsito traduz melhor o senso intuitivo de circulação dos efeitos econômicos propiciada pelo representante.

sujeito ao custo do ato.

Apesar de não arcar com os custos e de não estar imediatamente sujeito ao risco, o representante, detentor do conteúdo preceptivo do negócio celebrado, é absolutamente influente tanto na análise de risco que envolve o ato, quanto nos custos que dele implicam.

Há fortes questões econômicas que permeiam as relações contratuais celebradas mediante representação.

Parte-se do pressuposto de que nas relações jurídicas há informação assimétrica, ou assimetria de informação, e custos de transação³⁷⁵. O desenvolvimento teórico e prático de instituições sociais é apto a reduzir estes custos³⁷⁶.

Estas questões, analisadas à luz da teoria econômica³⁷⁷ e da análise econômica do Direito, propiciam o surgimento de alguns pontos nevrálgicos a serem expostos e destrinchados, tais como (i) o grau de exposição ao risco a que se submetem as partes da

375 NIEHANS, Jurg. *Transaction costs*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987, v. 4, p. 676-9.

376 Segundo VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc e SZTAJN, Rachel. *Curso de Direito Comercial: Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Malheiros, vol. 4, t. I, em trecho que a professora se refere a George Stigler, “O aparente choque entre os dois ramos do conhecimento (Direito e Economia), segundo Stigler, estaria na escolha entre a eficiência que os economistas privilegiam (resultando na maximização do resultado de um processo econômico ou de uma economia), e a justiça, ponto central no âmbito do Direito, em que a regulação do comportamento humano é intensa. Considera que são dois universos distintos, que recorrem a diferentes linguagens. Mas – diz – instituições sociais e jurídicas perduram se e enquanto são eficientes”.

377 A Teoria Econômica do Contrato é extremamente ramificada, o que, por sua vez, não afeta a perspectiva comum ao Neoinstitucionalismo (para maiores referências sobre o Neoinstitucionalismo, ver ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 93 e ss.). Pode-se aceitar pelo menos quatro vetores básicos de investigação econômica dos contratos: (i) o modelo walrasiano, (ii) a *incentive theorie*, (iii) a teoria dos contratos incompletos e (iv) a teoria dos custos de transação, respeitando eventuais variantes terminológicas. Admite-se uma intersecção entre as teorias, muito embora os campos de investigação empreendidos por cada uma sejam um tanto diferentes. Adotamos a teoria dos custos de transação, alicerçado na noção coaseana de *firm scope* e que propõe, medianamente, a adoção da idéia de “custos de transação” como unidade de medida para a ponderação dos méritos relacionados a cada uma das escolhas contratuais empreendidas (neste sentido, ver MASTEN, Scott E. *Contractual choice*. In: Encyclopedia of Law and economics. Ghent: Elgar, t. IV, p. 25-45). A *Agency Theorie*, inspirada nas lições de SHAVELL, Steven M. *Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship*. In: The Bell Journal of Economics: RAND, vol. 10, 1979, p. 55-73 e STIGLITZ, Joseph Eugene. *Principal and agent*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987, v. 3, p. 966-71 pode ser colocada como uma variante da Economia dos Custos de Transação, numa relação de complementaridade e rivalidade entre as teorias e aborda a assimetria de informações e o risco moral sob a mesma perspectiva coaseana do *firm scope*, mas partindo da estrutura organizacional das empresas em que há separação entre propriedade e gerenciamento de ativos, numa noção de relação fiduciária que será expandida *infra*. A *Agency Theorie* substitui a terminologia do núcleo de seus estudos, passando a empresa de “função de produção” para “feixe de contratos”, o que levou alguns autores (ver CONNER, Kathleen R. e PRAHALAD, Coimbatore Krishnarao. *A resource-based theorie of the firm: knowledge versus opportunism*. In: Organization Science. Hanover, Md: Informs, 1996, v. 7, nº. 5, p. 477-501) a afirmarem a maior aptidão desta teoria para enquadrar o fenômeno organizacional da empresa.

figura representativa, (ii) a relação fiduciária, (iii) assimetria de informação decorrente de obrigações não claramente especificadas ou de outras fontes e (iv) os custos da representação, bem como a economia propiciada pela figura representativa em determinadas situações.

-Exposição ao Risco do Negócio Jurídico e Risco Moral

Já vimos que a representação pressupõe não apenas a manifestação de vontade do representante, mas também que o representante seja o formador desta vontade, que ele detenha o conteúdo preceptivo do ato que lhe compete praticar em interesse alheio.

Essa característica de atuação em nome e por conta de outrem tende a investir o representante de certa prudência³⁷⁸ excessiva na conclusão dos negócios.

É justamente esta atuação que pode levar a uma “incompatibilidade de perfis” entre o representante e o representado. Neste sentido, cabe a exposição das seguintes situações possíveis.

Há uma diferença na graduação de riscos³⁷⁹ à qual se submete um contratante. Assim, um contraente pode ser avesso ao risco³⁸⁰, pode lhe ser neutro³⁸¹ ou pode ser propenso ao risco³⁸².

Nas hipóteses de contratos concluídos mediante representação, surge o risco necessariamente para aquele a quem incumbirão as obrigações e os direitos produzidos pelo negócio jurídico celebrado. No caso, o risco surge para o representado.

378 Não se há de falar, neste caso, de boa-fé ou diligência, princípios que devem nortear a atuação do representante em qualquer ocasião e oportunidade. A intenção aqui é de que a prudência seja tratada em seu aspecto negativo, o de excesso de moderação e circunspeção que podem levar um negócio a ser desfeito, por exemplo.

379 Ver, a respeito, MACHINA, Mark J. e ROTHSCILD, Michael. *Risk*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987, v. 4, p. 201-5

380 MACHINA, Mark J. e ROTHSCILD, Michael. *Risk*., p. 201-5

381 Para um panorama melhor sobre atitudes frente ao risco, ver KARNI, Edi. *Attitudes towards risk*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987, v. 1, p. 114-121, notadamente p. 118 para neutralidade ao risco. Ver, ainda, ATKESON, Andrew. *International lending with moral hazard and risk of repudiation*. In: *Econometrica: The Econometrics Society*, 1991, v. 59, nº. 4, p. 1069-1089

382 KARNI, Edi. “Attitudes ...”, p. 117

Há, todavia, a observância de uma seleção do risco, com maior ou menor autonomia, não por aquele a quem os efeitos do risco do negócio se produzirão, mas por aquele que conclui o negócio: o representante.

Diante deste cenário, com dois sujeitos envolvidos no negócio jurídico e, cada um deles, exposto a três níveis de propensão de risco, temos necessariamente um leque de nove combinações de perfis a serem analisados.

É possível inferir logicamente que três das combinações possíveis de perfis de exposição ao risco de representante e representado não impactam profundamente o custo do negócio sob esta determinada análise. São os casos em que os perfis de representante e representado são convergentes, ou seja, (i) ambos são igualmente refratários ao risco, ou (ii) ambos são igualmente neutros ao risco, ou (iii) ambos são igualmente propensos ao risco³⁸³.

Nestas situações de similitudes entre a propensão de riscos de representante e representado, é possível se admitir que a figura representativa produz menor impacto nos custos operacionais para o representado, que tem no representante um “espelho” de sua atuação no tocante à exposição do grau de incerteza e risco aos quais o negócio jurídico submete.

Há, no entanto, outras situações em que o nível de exposição ao risco entre representante e representado varia consideravelmente³⁸⁴.

Pode-se, assim, admitir seis situações em que há disparidade de exposição entre as

383 Há de se considerar que estamos imaginando estas três categorias como estanques. Para que se elabore o pensamento no sentido que propomos, há de se descartar quaisquer variações nos graus de propensão ou aversão ao risco. Situações em que, por exemplo, o representante é propenso ao risco, mas o representado é ainda mais propenso não serão consideradas.

384 LORENZI, Valéria di. *Rappresentanza diretta volontaria nella conclusione dei contratti e analisi economica del diritto*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 15 faz duas afirmações enfáticas que suscitam ponderação: (i) a primeira é a de a representação direta voluntária é acompanhada normalmente por um mandato, e (ii) a segunda é a de que na relação representativa espelhada neste mandato, presume-se que o mandatário-representante seja avesso ao risco e o mandante-representado seja neutro a ele, podendo ser avesso às vezes. Quanto à primeira afirmação, a autora italiana, uma das maiores vozes da doutrina atual contra a tese de abstração da procuração, busca reafirmar de passagem sua contrariedade ao quanto ela mesma classifica como “dogma da abstração”. Apresentamos nossa posição contrária a esta tese, porquanto recorrer novamente aos mesmos argumentos seria desnecessário. Já com relação à segunda afirmação, Valéria di Lorenzi assume uma posição conservadora quanto à interpretação legal das normas do *Codice Civile*. Para que possamos proceder a uma análise econômica mais rigorosa da figura representativa, é preciso, contudo, assumir, como faz a autora, algumas posições estáticas mais críticas para, posteriormente, desenvolver uma análise dinâmica. Sobre a análise estática e dinâmica, a doutrina de Carnelutti e a crítica metodológica de Albuquerque, refira-se a tudo quanto se escreveu acima.

partes do fenômeno representativo: (i) o representado neutro e o representante avesso ao risco; (ii) o representado neutro e o representante propenso ao risco; (iii) o representado avesso e o representante neutro ao risco; (iv) o representado avesso e o representante propenso ao risco; (v) o representado propenso e o representante avesso ao risco; e (vi) o representado propenso e o representante neutro ao risco.

Nas duas primeiras situações, cingindo a análise à exposição ao risco, sendo o representado, interessado no negócio, neutro ao risco, é possível dizer que a assimetria de informações não provoca custos.

Para que o representado seja neutro aos riscos dá-se a situação em que aquele sujeito tem sua utilidade marginal constante na medida em que ocorre um aumento de renda, ou seja, há uma “indiferença” entre uma perspectiva certa de renda a baixo risco e uma perspectiva de renda consideravelmente maior a um risco proporcionalmente maior³⁸⁵.

Em todas as outras situações em que o representado não é neutro ao risco ou em que não há simetria entre as propensões de exposição ao risco de representante e representado, há assimetria valorativa e um impacto nos custos de celebração do negócio.

Estamos, nestas quatro situações que sobejaram, diante da possibilidade, para o representado, de que o seu interesse não seja perseguido pelo representante por culpa exclusiva de seu comportamento que pode ser dotado de uma carência do esforço necessário^{386,387} ou de uma atuação excessiva com apropriação de informações exteriores àquelas fundamentais para a celebração do negócio³⁸⁸. Tanto em uma como em outra situação há o custo de risco moral³⁸⁹.

³⁸⁵ Ver, a este respeito, MERTON, Robert Carhart. *An analytic derivation of the efficient portfolio frontier*. In: The Journal of Financial and Quantitative Analysis: University of Washington School of Business Administration, 1972, v. 7, nº. 4, p. 1851-72

³⁸⁶ Ver, sobre carência de esforço do representante, a obra de LORENZI, Valéria di. “*Rappresentanza diretta volontaria nella ...*”, p. 10, notas 25 e 26

³⁸⁷ Os exemplos de carência de esforço são múltiplos e variados, e alguns deles já foram referidos durante a estruturação da figura representativa. A título exemplificativo, pode-se referir (i) à inobservância de instruções da relação gestória subjacente por parte do representante ao atuar perante a contraparte, ou (ii) à atuação em sentido diverso daquele compactuado pela relação gestória subjacente.

³⁸⁸ A este respeito pode se referir, sempre a título exemplificativo, (i) à apropriação, por parte do representante, durante sua obrigação, de quantias recebidas em nome do representado, (ii) atuação do representante em interesse próprio ou de terceiro, embasado ou não em disposição da relação gestória subjacente, ou (iii) influência na estipulação das normas de atuação da relação gestória em interesse próprio, sonegando informações do representado quanto ao objeto da representação e/ou do negócio a ser celebrado, ou falseando-as.

³⁸⁹ Para um desenvolvimento mais completo da figura do *Moral hazard*, sugere-se a leitura de PAULY, Mark V. *The Economics of Moral Hazard: Comment*. In: The American Economic Review: The American

O risco moral³⁹⁰ é a ação de um sujeito que, impassível de ser observado³⁹¹, é permeada por ações ocultas para qualquer das partes – ou ambas as partes no caso da representação direta voluntária – promovidas por comportamento indesejado, culposos ou dolosos³⁹².

O risco moral se traduz num conceito amplamente aceito, detectável nas mais diferentes situações envolvendo relações jurídicas e econômicas. Sua importância, contudo, é redobrada ao tratar de relação de representação.

Na relação representativa, pode-se denotar o uso estratégico de informações privativas por parte do representante, na medida em que a finalidade da contratação poderá ser atingida pela conduta adequada deste representante.

O representante pode, por exemplo, manipular as condições em que cumpre os seus deveres contratuais – seu grau de esforço e a fidelidade à relação endógena – privando o

Economic Association, 1968, v. 58, nº. 3, p. 531-537; KOTOWICZ, Yehuda. *Moral hazard*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987, p. 549-51; e HOLMSTROM, Bengt. *Moral hazard and observability*. In: The Bell Journal of Economics: RAND, v. 10, nº 1, 1979, p. 74-91. Por mais óbvio que possa parecer, é importante ressaltar que o risco moral não tem necessariamente conotação moral, e sua previsão está ligada, muitas vezes, à relação interna subjacente, à gestão do recurso comum nesta relação, que é a confiança mútua no cumprimento pontual das obrigações e no acatamento das estipulações contratuais (assim, ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 287-8).

390 É muito comum o risco moral ser tratado como o efeito *ex post* da assimetria informativa. A seleção adversa seria o efeito *ex ante* observado. (ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 286). O autor português opta, no entanto, e com ele concordamos, por abstrair a dimensão temporal e associar a seleção adversa “às assimetrias informativas que se reportam a uma variável exógena, não manipulável pela parte que beneficia da assimetria informativa, associando, em contrapartida, o ‘risco moral’ às assimetrias informativas que respeitem a uma variável endógena, manipulável pela parte que beneficia da assimetria.” (p. 286-7).

391 Para um desenvolvimento mais amplo sobre a informação “não observável” leia-se, na doutrina nacional, a lição de AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. *Economia dos contratos*. In: Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 122, que os classifica como “bens de crença” nos casos em que a obtenção de informações perfeitas a respeito de um determinado bem é impossível. Os autores oferecem exemplos: “Dois exemplos especiais saltam aos olhos: frangos destinados ao mercado muçulmano e produtos ‘politicamente corretos’. No primeiro caso, o mercado de consumo exige que as aves sejam abatidas segundo os preceitos do Alcorão, o que implica uma mudança de abate segundo sua posição em relação à Meca. Nem o mais experiente dos religiosos muçulmanos pode averiguar esta informação de importância transcendental por mera inspeção de um frango já abatido. (...) Do mesmo modo, produtos ‘politicamente corretos’ são assim denominados por uma característica ‘não-observável’ dos produtos, como, por exemplo, o fato de uma empresa ter atitudes éticas, (...) podem definir um processo de compra, mas absolutamente não estão transparentes nos produtos.”. A doutrina trata de “mechanism design” esta seara que visa tratar dos problemas de inobservabilidade e inverificabilidade reportadas a ações ocultas, especialmente se as variáveis, como nos exemplos trazidos por Paulo Furquim de Azevedo, forem relevantes para a relação contratual. Neste sentido, ver HOLMSTROM, Bengt. “Moral ...”, p. 74-91, e MIRRLEES, James Alexander. *The theory of moral hazard and unobservable behaviour – part I*. In: Review of Economic Studies, 1999, v. 66, p. 3-21.

392 Os atos cometidos por erro, imprudência, negligência, imperícia, desonestidade, fraude ou sob falsa informação são subespécies do risco moral.

representado da informação que lhe propiciaria a detecção e avaliação desse desvio dos fins contratuais³⁹³.

Há, neste caso de risco moral *ex post*, a oportunidade de extração de recursos do representado através da exploração de uma assimetria informativa que permite ao representante iludir o representado, transmitindo informações parciais e que exoneram ou realçam a sua conduta e a importância e pertinência dos seus atos.

Esta assimetria na exposição ao risco gera, evidentemente, custos de transação^{394,395}, ou quando menos, custos de estruturação e administração da relação representativa no sentido de assegurar o adimplemento.

A insuficiência informativa converte-se em custo quando interfere numa perfeita partilha de toda a informação relevante entre as partes, diminuindo a eficácia dos incentivos que promoveriam a harmonização de seus interesses e condutas, impedindo a verificação de condições ideais³⁹⁶.

A assimetria de informações é um dos fatores que impede que se chegue ao padrão

393 ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 287

394 Para um panorama mais completo sobre a área de *transaction cost economics* recorra-se à lição oferecida por COASE, Ronald Harry. *The nature of the firm*. In *Economica*. Nova Iorque: London School of Economics and Political Science, v. 4, 1937, p. 386 e ss., notadamente p. 394 e 396. Para um estudo na doutrina brasileira sobre a economia dos custos de transação, ver SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002*. São Paulo: Malheiros, 2005, para uma análise mais prática, ver SZTAJN, Rachel e ADAMEK, Marcelo von. *Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial*. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, nº 155/156. Esta Teoria dos Custos de Transação costuma se embasar na aplicação linear do conceito de “custos de transação” a vários setores da análise econômica, inclusive e especialmente ao contrato. A Teoria de Custos de Transação visa examinar os constrangimentos para as partes que, dotadas de racionalidade limitada e informação incompleta e assimetricamente repartida, ainda lidam com apoio institucional lacunar e frágil, tudo inserido num contexto que conduz a parte contratante para além dos limites “aceitáveis” de injustiça.

395 Os custos de transação são, de forma sintética e adequada, nos dizeres de VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc e SZTAJN, Rachel. “Curso ...”, v. 4, t. I, p. 82, “*aqueles incorridos na realização de uma troca econômica, impostos pela participação em dado mercado. Assim, por exemplo, nos contratos de execução instantânea, o custo da procura pelo bem desejado (energia e esforço, tempo despendido, comparação de preços), além – por óbvio – do preço do bem*”.

396 ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 283-4. Estas condições ideais se referem, entre outras, a (i) racionalidade perfeita e capacidade de processamento das informações por todas as partes envolvidas, na relação contratual, (ii) a perfeita comunicação entre representantes e entre estes e seus representados, a fim de evitar tanto erros quanto dolo ou conluio, além de outros efeitos de descoordenação e não-cooperação, (iii) benevolência dos representados que não instrumentalizam seus interesses pessoais na negociação a ser conduzida por representantes, assumindo risco moral, e (iv) empenho total e colaboração entre as partes para que atuem dentro dos limites obrigacionais como se o contrato fosse completo e recusando os incentivos de renegociação – que, se pressupostos, podem estimular as partes a não fornecerem todas as informações necessárias para a completude do contrato.

arquetípico coaseano³⁹⁷.

O risco moral acima definido, que decorre da assimetria de informações tratada *infra*, aplica-se, normalmente, quando uma das partes, em momento posterior ao da celebração de um contrato, possui uma informação e pode dela tirar proveito em prejuízo à sua contraparte, podendo esta contraparte no caso da representação ser tanto a contraparte da relação contratual, um terceiro, como a contraparte da relação interna gestória subjacente, o representado, portanto.

Este risco moral pode ser separado em duas partes³⁹⁸: (i) aquele decorrente de uma informação relevante adquirida por uma das partes e ocultada da contraparte, e (ii) aquele decorrente de uma ação oculta, especificada, mas não observada por uma das partes.

As deturpações de mercado trazidas pelo risco moral são especialmente relevantes quando se trata da celebração e execução de contratos. Os contratos pressupõem, no mais das vezes, a aquisição de direitos e assunção de obrigações, além de serem instrumentos de circulação de riquezas.

Esta circulação de riquezas, transferida por contrato, para se projetar na esfera patrimonial alheia, pressupõe uma mudança de comportamento³⁹⁹. Esta mudança de comportamento que advém da celebração de um contrato que pressupõe que a parte detenha informação suficiente a nortear a discricionariedade de suas ações, no interesse de sua autonomia privada. E sobre esta obtenção de informações, tratar-se-á *infra*.

-Relação Fiduciária (Fiduciary Relationship)

Introduzir a relação fiduciária como modernidade ou como uma descoberta na seara de fator de eficácia e interpretação de contratos é uma falácia. Há, sim, uma inovação

397 COASE, Ronald Harry. “The nature ...”, p. 386-405. Ver, ainda, FARRELL, Joseph. *Information and the Coase theorem*. In: UCB/UC: Department of Economics of the University of Berkeley. Artigo, p. 3-42

398 A classificação adotada é forjada por AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “Economia ...”, p. 124

399 A referência a comportamento pode também ser interpretada como mudança de *status*. Observamos, contudo, a nomenclatura adotada por AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “Economia ...”, p. 124 que cremos ser a mais precisa.

proveniente do direito de tradição *common Law*, notadamente o estadunidense, na interpretação da própria relação fiduciária e do papel que ela toma nas relações contratuais.

A relação fiduciária, contudo, remete à *fides romana*⁴⁰⁰, que constitui a base lingüística e conceitual⁴⁰¹ da boa-fé no direito de cariz romano-germânico.

A relação fiduciária⁴⁰² entre as partes do negócio representativo pressupõe claramente uma distinção entre propriedade e controle de recursos. Este binômio é reproduzido pela capacidade de suportar os riscos de um lado, e o poder de decisão do outro⁴⁰³.

O modo no qual é organizada a propriedade sempre teve uma função importante no equilíbrio das forças que determinaram a evolução histórica de várias épocas⁴⁰⁴.

400 Mais uma vez adentramos um assunto que abre espaço para numerosas teses e classificar histórica e economicamente a fidúcia não é, nem de longe, nossa pretensão. A respeito do instituto, sugere-se, na literatura alemã, a leitura de WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luis Carro. Madri: Civitas, 1977; na literatura italiana, CARCATERRA, Antonio. *Intorno ai bonae fidei iudicia*. Nápoles: Jovene, 1964; e na literatura portuguesa, CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983. De acordo com estes autores, notadamente o último (p. 54-5), os elementos históricos conhecidos propiciam à *fides* três significados diferentes que podem ser assim classificados: (i) *fides-sacra*, decorrente de cominação religiosa sempre que fraudada a fidúcia alheia, (ii) *fides-fato*, afastada do sentido religioso e próxima da noção de garantia, e (iii) *fides-ética*, decorrente de cominação moral à fraude da fidúcia. A evolução da figura na tradição romana é desenvolvida a partir destes significados da *fides* primitiva, derivando para a *bona fides*, e desta para os *bonae fidei iudicia*, ações de boa-fé utilizadas pelos pretores nas suas funções, e para a *bona fides possessiones*, ou, simplificando, posse de boa-fé. O desenvolvimento da figura da boa-fé possui uma sistemática historiográfica tão complexa – ou mais – quanto àquela que apresentamos no Capítulo histórico *supra*. Pretender resumir esta evolução em uma nota de rodapé, mais do que leviano com os propósitos do trabalho, afigura-se absolutamente impossível, motivo pelo qual remetemos aos autores já citados, para a evolução histórica que culmina na denominada *fiduciary relationship*.

401 Neste sentido, mas tratando especificamente do direito português, e ampliado aqui, porém, a todo o sistema de base romano-germânica, ver CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 53

402 Para uma bibliografia mais completa acerca da relação fiduciária, ver COOTER, Robert e FREEDMAN, Bradley J. *The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences*. In: New York University Law Review, v. 66, 1991, p. 1045-75

403 A este respeito, mas sob uma abordagem diferente, sugere-se a leitura de BERLE JR., Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *Società per azioni e proprietà privata*. Trad. Giovanni Maria Ughi. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1965, p. 6, obra na qual os autores contrapõem, a partir da teoria da empresa, a separação entre a administração da sociedade e a identidade daqueles que nela investiram seu patrimônio. Esta contraposição é feita de forma estruturada para demonstrar, na opinião dos autores, que o surgimento da sociedade anônima teria propiciado, no direito societário, uma cisão entre propriedade e controle.

404 A afirmação, que pode ser encontrada em BERLE JR., Adolf A. e MEANS, Gardiner C. “*Società ...*”, p. 5 é uma constatação histórica, não trazendo maiores significados políticos e sociais e nem se servindo a qualquer tipo de discussão que suplante aquela a que nos propomos de forma específica neste trabalho. Os próprios autores estadunidenses, em sua observação, denominam a interpretação da frase por eles oferecida como “fosca” e que servirá de base para os estudos posteriores sobre o tema a que eles se propuseram. Para um maior aprofundamento sobre a evolução do conceito de propriedade sugere-se a obra de BERLE e MEANS, bem como, muito embora em sentido bastante diferente do que pretenderam Berle e Means, TOMASETTI JÚNIOR. Alcides. *A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 41, nº. 126, p. 123-127.

Esta separação entre propriedade e controle de recursos pode se dar de inúmeras maneiras, mas sua cisão é muito clara, para a teoria dos contratos, a partir da figura da representação⁴⁰⁵.

A representação direta voluntária é uma das formas paradigmáticas mais emblemáticas da imposição de uma relação fiduciária⁴⁰⁶. Trata-se de um caso em que um beneficiário confia a um fiduciário o controle sobre um bem, serviço, direito ou ativo⁴⁰⁷ de qualquer origem.

A relação fiduciária pressupõe uma relação jurídica interna, decorrente de lei ou vontade, que ditará regramentos específicos sob os quais o fiduciário se governará para atuar no melhor interesse do beneficiário. Pode-se afirmar, desta forma, que a *fiduciary relationship* constitui a verve econômica da representação direta voluntária⁴⁰⁸.

Estes regramentos formadores da relação fiduciária são, na verdade, normas endógenas de conduta negocial e autodisciplina para o alinhamento entre a ação do

405 Neste aspecto, devemos discordar de BERLE JR., Adolf A. e MEANS, Gardiner C. “*Società ...*”, p. 10 quanto ao pioneirismo da sociedade anônima na cisão entre propriedade e poder de disposição. Os autores estadunidenses mencionam, com razão, a revolução que a sociedade anônima significou para a evolução do conceito de propriedade, mas a propriedade e o poder de disposição do negócio já eram conhecidos dos romanos, e possivelmente até antes deles, pelas figuras de substituição do negócio jurídico que estudamos. Há de se salientar, também, que o poder econômico de administração de propriedade também era e é admitido pela representação legal como separado da titularidade da propriedade. Em favor de BERLE e MEANS, todavia, a amplitude de separação atingida pela sociedade anônima. Levou-se esta separação a um nível efetivamente mais amplo e concreto, posição com a qual não discordamos.

406 COOTER, Robert e FREEDMAN, Bradley J. “*The fiduciary ...*”, p. 1046 fala da relação principal/agent como relação tradicional de *fiduciary relationship*.

407 A palavra “ativo”, em seu significado amplo, talvez seja a mais adequada por compreender um enorme espectro de bens, que variam de moeda até planos de negócios, informações ou uma oportunidade contrair negócios.

408 Para que se chegue a esta conclusão, é necessário promover uma relação de correspondência jurídico-econômica entre as figuras. LORENZI, Valéria di. “*Rappresentanza diretta volontaria nella ...*”, p. 10 e ss., como vimos, propõe uma ruptura com o dogma da abstração e uma nova construção da figura representativa a partir de um modelo de *principal-agent*, ligando a representação ao mandato. A construção da autora italiana, em que pese a clareza de seus argumentos, não merece prosperar. ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação ...*”, p. 585 e ss., em seu ensaio de reconstrução dogmática, posiciona-se contrário à abstração da representação acerca da relação gestória subjacente, mas admite que esta relação gestória não precisa necessariamente ser o mandato, e que a figura representativa derivaria de outras relações. Esta posição parece suficiente para desabonar a construção da autora italiana. Para nós, que defendemos a abstração parcial, em que a figura representativa não “deriva” da relação gestória subjacente, mas não lhe é absolutamente autônoma, por buscar nela seus fatores de eficácia, não há necessidade de se buscar no modelo *principal-agent* a correspondência econômica da representação direta voluntária. Se a teoria econômica do *principal-agent* reveste o mandato, a *fiduciary relationship* confere à representação sua posição econômica. Ademais, a relação *principal-agent* é utilizada na Economia para revestir as variadas relações gestórias, dentre as quais o mandato é apenas uma delas. Estipular que a representação necessariamente estaria ligada ao mandato para, a partir daí, estabelecer uma relação de *principal-agent* afigura-se, para nós, um erro principiológico, mas também supérfluo para o enquadramento das teorias jurídica e econômica da representação. A partir de objetos diferentes, Direito e Economia abordam e estudam a mesma figura.

representante e os interesses do representado. Este alinhamento de posturas, bem como o compartilhamento de informações, gera custos, os mencionados *agency costs*⁴⁰⁹. Estes referidos custos são considerados, ainda, *ex post* à negociação representativa, gerando custos de monitoramento ou supervisão, custos de consolidação de confiança e de atribuição residual de perdas.

As soluções institucionais que impactam economicamente a relação representativa são, portanto, enquadradas em dois momentos distintos e complementares: (i) a minimização de ineficiências *ex ante*, como, por exemplo, custos de busca, e (ii) a estruturação de ajustamentos *ex post*, como a supervisão para o desincentivo à tomada de atitudes oportunistas do representante no momento de conclusão do contrato.

Estes regramentos específicos, aptos a limitar a atuação do representante, são concebidos de forma aberta. A atuação do representante, que age no interesse e nome do representado, mas mediante uma declaração de vontade própria, necessariamente envolve risco e incerteza, e o seu comportamento não pode ser antecipadamente ditado.

A relação fiduciária induz uma questão central sobre como poderia o representado induzir o representante a agir da forma mais eficiente possível em interesse de terceiro apenas mediante os comandos e diretrizes gerais do negócio a ser celebrado.

Há, aqui, a exposição do representado a duas espécies maiores de atos do representante suscetíveis de gerar risco moral: (i) o emprego indevido ou estipulação indevida de um bem ou de seu valor, ou (ii) a atuação negligente. Para as duas espécies, surgem deveres no sentido de garantir a segurança jurídica e a eficiência econômica do representado.

No primeiro caso, emerge um dever de lealdade⁴¹⁰ do representante. E no segundo caso, um dever de cuidado, precaução⁴¹¹. A verificação destes deveres e do seu

409 Os *agency costs* estão relacionados não propriamente aos contratos de mandato ou agência, muito embora estes sejam exemplos clássicos da segregação entre propriedade e controle de recursos exposta por Berle e Means. Os *agency costs* – reproduzidos em anglicismo para evitar maiores confusões com a figura do contrato de agência – foram incorporados à análise econômica do Direito a partir do estudo da firma de Coase. Como se viu da lição de Pontes de Miranda, a atuação de um administrador em nome de uma empresa não é representação, senão “apresentação”. Nem por isso os *agency costs* deixam de ser observados em estruturas empresariais. Muito pelo contrário, pois aí que foram “descobertos” e primeiro estudados (ver COASE, Ronald Harry. “*The nature ...*”, p. 386 e ss.)

410 Ver LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Notas sobre boa-fé e lealdade negocial*. In: *Principi per i contratti commerciali internazionali e Il sistema giuridico latinoamericano*. Pádua: CEDAM, 1996, p. 71-3

411 A precaução, ao contrário do que se prega, não está ligada à aversão de risco. Um sujeito, no caso um representante, pode ser muito propenso ao risco e, ainda assim, agir com cautela e prudência. O risco, em sua acepção jurídico-econômica, está ligado à incerteza, e não à imprudência. Para os efeitos deste trabalho,

cumprimento pelo representante, contudo, transmuta-se em ativo – informação – e gera, para o representado, custos, que serão analisados.

-Assimetria de Informações: mais Risco Moral e a Seleção Adversa

A disposição de informações sobre produtos em geral, direitos de propriedade e ações da contraparte são condições fundamentais para que não paire qualquer dificuldade sobre a conclusão dos contratos⁴¹².

Por outro lado, no período de formação de qualquer contrato, é natural que entre as partes estejam presentes algumas assimetrias de informação. Entre as partes podem existir assimetrias de informação, inclusive recíprocas, sobre cada circunstância que possa vir a influir as decisões da contraparte sobre celebrar ou não o contrato, e em que condições fazê-lo.

Na fase de conclusão do contrato, que nos é particularmente importante para os limites deste trabalho, assumem relevância, sobretudo, as informações⁴¹³ – e assimetria delas – relativas a parâmetros de mercado, circunstâncias⁴¹⁴ inerentes a elementos, requisitos e pressupostos da contratação, tais como, por exemplo, bens, prestação, partes envolvidas e intenção negocial.

Vale mencionar que, como em qualquer processo decisório, a coleta de informações deve ser interrompida em um determinado momento, sob pena de, eternizando-se diante da constante busca de informações que nem sempre estarão disponíveis, impedir a ação a qual serve.

deve-se adotar esta perspectiva, ainda que sob outra – como a criminal, por exemplo – haja correlação entre risco e imprudência.

412 AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “Economia ...”, p. 121.

413 Para um desenvolvimento mais completo acerca das informações, assimetria e o denominado “mercado de informações”, além da obra sempre necessária de AKERLOF, George Arthur. *The market for “lemons”: quality uncertainty and market mechanism*. In: The Quarterly Journal of Economics. Boston: MIT Press, 1970, vol. 84, nº 3, p. 448-500, refira-se ainda a HIRSHLEIFER, Jack. *Where are we in the theorie of information*. In: The American Economic Review: The American Economic Association, 1973, v. 63, nº. 2, p. 31-9; e COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4ª ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004, p. 48 e ss.

414 Ao tratar de forma mais genérica sobre as circunstâncias, estamos falando mais especialmente sobre a qualidade de elementos, pressupostos e requisitos contratuais.

Os tipos de informações que permeiam a relação contratual são distintos, como as informações tecnológicas, informações sobre recursos ou oportunidades produtivas, e, principalmente as informações sobre parâmetros de mercado, notadamente preço, qualidade do bem ou serviço e termos sob os quais as partes pretendem concluir a contratação.

Estas informações têm um custo de obtenção⁴¹⁵, além dos próprios custos de produção – do bem e da própria informação⁴¹⁶.

A aquisição, por qualquer forma, destas informações por quem as busca e a disposição das mesmas informações por parte de quem as detém também gera, normalmente, os custos dos quais falamos acima. Estes custos são, sem qualquer dúvida, um fator que dificulta as negociações que antecedem o contrato e também a constatação da verossimilhança e eficiência dos dados apostos no contrato a ser celebrado⁴¹⁷.

As informações constituem um bem peculiar de difícil enquadramento nas categorias ontológicas estanques normalmente propostas por nós, juristas. Nos casos de informações imperfeitas, elas apresentam características típicas de bem privado, tais como a rivalidade em seu consumo e a possibilidade de exclusão em razão do seu custo. Já as informações perfeitas apresentam características de bens públicos, como, por exemplo, a indivisibilidade na sua utilização, insuscetibilidade de exclusão ou a chamada “apropriabilidade”⁴¹⁸.

A Economia da Informação foi gerada e desenvolvida noutro âmbito que não o obrigacional. Sua mais aguda evolução se deu no estudo aprofundado das anomalias de

415 Acerca da produção de informações, seu custo e mercado, ver STIGLER, George. *The economics of information*. In: The Journal of Political Economy. Chicago: University of Chicago, 1961, v. 69, nº. 3, p. 213-25; COOTER, Robert e ULEN, Thomas. “Law ...”, p. 112 e ss.;

416 Não apenas o custo de *disclaimer*, posterior à produção, mas também os custos de *marketing* e *disclosure*. A informação é produzida em diversos momentos da relação de produção, cada uma a determinado custo e todas elas importantes para a conclusão de um contrato que tenha por objeto o bem ou serviço submetido a esta cadeia produtiva.

417 BARZEL, Yoram. *Measurement costs and the organization of markets*. In Journal of Law and Economics. Chicago: The University of Chicago Press, 1982, vol. 25, nº 1, p. 27-48, notadamente p. 30, a partir da qual o autor esmiúça a formação do preço e a precificação externa a partir de fatores de mercado, o que no nosso caso específico de estudo da representação pode ser cindido como os custos individuais e sociais.

418 Tanto a classificação mista como o termo sublinhado são de autoria de LORENZI, Valéria di. “*Rappresentanza diretta volontaria nella ...*”, p. 19, nota 54, autora que propõe a classificação mista à informação e também remete a exaustiva doutrina estrangeira sobre o assunto, lista para a qual remetemos sem a necessidade de cópia de autores que foram referência para forjar seu pensamento. Na doutrina nacional, sobre a disposição de informações e suas características, ver AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “*Economia ...*”, p. 121 e ss.

funcionamento do mercado⁴¹⁹.

A evolução para a teoria contratual se deu a partir da colocação da empresa como núcleo do mercado. E a indução da empresa como “feixe de contratos” propiciou que o núcleo teórico se deslocasse até o contrato e a ele se adaptasse.

A celebração de contratos pressupõe, na maior parte das vezes, uma relação de confiança⁴²⁰ em alguns elementos externos à relação que permitem a suposição sobre a segurança de um negócio, muito embora aferi-la seja praticamente impossível⁴²¹.

A assimetria informacional⁴²² é, talvez, o primeiro problema a ser enfrentado pela relação representativa na conclusão de um contrato. Esta questão deve ser indicada como relevante à perfeita inteligência da causa-função da relação representativa.

A representação direta voluntária insere peculiares assimetrias de informações nas

419 A base da Economia da Informação foi se moldando, entre outros, através dos trabalhos seminais de VICKREY, William Spencer. *Counterspeculation, auctions and competitive sealed tenders*. In: Journal of Finance: American Finance Association, 1961, v. 16, nº. 1, p. 8-37, em que o autor analisa os incentivos à eficiência em agentes que dispõe de informação privada; AKERLOF, George Arthur. “The market ...”, p. 448-500, que dispõe sobre a seleção adversa; MIRRELES, James Alexander. *An exploration in the theory of optimum income taxation*. In: The review of economic studies, 1971, v. 38, nº. 2, p. 175-208, autor que analisa o *trade-off* entre eficiência e redistribuição; e SPENCE, Michael. *Job market signaling*. In The Quarterly Journal of Economics. Boston: MIT Press, 1973, v. 87, nº 3, p. 355-374, que trata dos efeitos da sinalização.

420 Ver, na doutrina nacional, e para maiores referências bibliográficas, LISBOA, Roberto Senise. *Da confiança como valor fundamental e princípio geral do negócio jurídico*. São Paulo, Tese (Titularidade) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008; PODESTÁ, Fábio Henrique. *O princípio da confiança na teoria contratual*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007; para uma análise do princípio da confiança como critério analítico de atribuição de responsabilidade contratual, ver VITA NETO, José Virgílio. *A atribuição da responsabilidade contratual*. Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. Na doutrina portuguesa, ver FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. “Teoria da confiança ...” ... e CORDEIRO, Antonio Menezes. “Da boa-fé ...”, p. 55 e ss.

421 Sobre um desenvolvimento maior, a partir de uma perspectiva econômica e consumerista, da distinção de produtos em categorias e o processo de obtenção de informações relevantes para a aquisição, refira-se, na doutrina nacional a AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “Economia ...”, p. 121. Refira-se, ainda, ao relatório e voto do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, no Ato de Concentração 08012.001383/2007-91, apresentado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em que o relator trata do mercado de bebidas e classifica-as, com razão, como bens de experiência, sendo aqueles cujas informações relevantes à compra – ou, pelo menos algumas delas – somente poderão ser obtidas após a troca ou o consumo dos produtos. E, na doutrina estrangeira, ver, por todos, AKERLOF, George Arthur. “The market”, p. 448-500

422 Sobre assimetria de informações, na doutrina nacional, para além da obra de SZTAJN, Rachel. “Externalidades ...”, sugere-se a leitura de TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. Na doutrina estrangeira, refira-se a ARROW, Kenneth Joseph. *Limited Knowledge and Economic Analysis*. In: The American Economic Review: The American Economic Association, 1974, v. 64, nº. 1, p. 1-10; POSTLEWAITE, Andrew. *Asymmetrical information*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987, p. 133-5; LELAND, Hayne E. e PYLE, David H. *Informational Asymmetries, financial structure e financial intermediation*. In: The Journal of Finance: American Finance Association, 1977, v. 32, nº. 2, p. 371-87

contratações habituais do representante com o terceiro, contraparte. Esta assimetria se dá especialmente quanto aos poderes representativos e a legitimação constante da procuração ou outro instrumento de outorga.

Assim, dúvidas quanto à existência, conteúdo e limites dos poderes de representação podem gerar para as partes – representado e terceiro – custos individuais e custos sociais.

A contraparte, externa à relação representativa, é quem possui menos informações sobre o representante e o representado e a relação de legitimação representativa travada entre ambos.

Como visto *supra*, a representação projeta seus efeitos na esfera do representado assim que externada a relação gestória subjacente. Esta relação não precisa, contudo, ser externada quanto à sua existência, validade e eficácia. Basta que a contraparte possua a comprovação de uma substituição por representação, não importando na maior parte dos casos, a relação que ensejou esta representação, assim como o seu conteúdo interno e limites.

A contraparte, em caso de incerteza⁴²³ ao menos sobre a presença de poderes de representação ou da legitimidade da outorga destes poderes, pode fazer uma escolha equivocada no momento de concluir uma contratação⁴²⁴.

Em âmbito maior, com relação aos custos sociais que podem ser advindos da geração de custos individuais como os descritos, a questão é suscetível de gerar uma seleção adversa⁴²⁵ em prejuízo das partes representadas.

Quaisquer problemas relacionados à informação do negócio a ser celebrado, indutor

423 Podem sobejar condições de incerteza sobre o bom ou mau comportamento alheio, sobre a verdade ou falsidade da informação, sobre a qualidade dos elementos ou pressupostos da contratação acerca da esfera patrimonial do outro contratante, entre outros momentos de incerteza que permeiam a formação e, principalmente, a conclusão dos contratos.

424 O terceiro pode concluir um contrato crendo estarem presentes poderes de representação que não foram, de fato, outorgados ou que não são válidos ou eficazes por qualquer motivo e, pode, também, ao contrário, se privar de concluir um contrato com um representante legítimo e dotado de poderes para tanto por crer erroneamente na inexistência, invalidade ou ineficácia destes poderes.

425 A respeito da seleção adversa, ver, além de tudo quanto referido, CHIAPPORI, Pierre André e SALANIÉ, Bernard. *Testing contract theories: a survey of some recent work*. In: Série des Documents de Travail du CREST. Paris: Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, 2002, disponível, também em <http://www.crest.fr/doctravail/document../2002-11.pdf>, p. 4-37.

da relação representativa, deverão sempre ser analisados sob a teoria da seleção adversa⁴²⁶, no momento imediatamente anterior à conclusão do contrato, e após a celebração, como questão relacionado ao risco comportamental⁴²⁷ de que se tratou *supra*.

O contrato, em sua fase negocial, pode sofrer os efeitos da seleção adversa manifestada em múltiplas dimensões, que vão desde a escolha da contraparte até a configuração concreta dos termos contratuais.

Nos casos em que se dá a seleção adversa decorrente de assimetria de informações por uma das partes, o problema na adesão ou não a uma determinada transação⁴²⁸. A diferença de informação entre partes, em uma visão social, leva a um mercado que possua diferentes relações contratuais tendo por objeto bens e serviços similares aos quais se atribui valor econômico e qualidade diferentes.

Este mercado com qualidade de bens e serviços muito díspares tende a ser ineficiente, porquanto as relações travadas nele não gozam de um sistema de informações perfeitas.

A tendência, diante da diferença de qualidade e de informação, é de que o mecanismo de seleção adversa “expulse” do mercado os bens e serviços de boa qualidade⁴²⁹, na medida em que os vendedores não são aptos a transmitir a correta informação aos compradores sobre o objeto de suas relações negociais⁴³⁰.

Na representação direta voluntária, a informação possui um intermediário, o representante. No momento da conclusão de um contrato, para que seja feita a melhor escolha – tanto individualmente, em favor do representado, como para o mercado – é

426 *Adverse selection*.

427 *Moral hazard*

428 AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “*Economia ...*”, p. 122

429 Esta relação, de forma extremamente simplificada se coloca da seguinte forma: para o fornecedor do bem ou serviço, a transação somente será atrativa se o valor vier a cobrir e, de preferência, superar o valor do bem ou serviço atribuído pelo próprio fornecedor e informação privativa dele. O tomador do bem ou serviço, por sua vez, não podendo avaliar a qualidade de um bem ou serviço, utilizará como critério de balizamento de mercado o preço praticado sobre uma qualidade esperada do bem ou serviço a ser tomado. A grave dissonância de preços, desde que causada por significativa distinção na qualidade e não por outro fator de deturpação do mercado, tal como captura ou monopólio, dentre outros inúmeros exemplos que poderiam ser dados, trará como consequência a prevalência de produtos e serviços de qualidade inferior que serão comercializados em detrimento daqueles melhores e mais caros.

430 AKERLOF, George Arthur. “*The market ...*”, p. 448-500, em obra classificada por AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “*Economia ...*”, p. 123 como “seminal” sobre a seleção adversa, faz a perfeita demonstração do quão nociva é a assimetria de informações, e dos efeitos desta seleção adversa por ela gerados, estudando o mercado de carros usados (os rebatizados “semi-novos”).

importante que o representante detenha o maior número de informações possíveis sobre o negócio, tanto quanto a contraparte.

Como o representante atua numa substituição também formal, mas não mecanicamente formal⁴³¹, e contribui com a sua vontade para a formação do negócio jurídico, ele também precisa deter as informações que permeiam a celebração.

A disseminação da informação sobre a qualidade dos bens e serviços oferecidos pelos mais variados mercados é importante não apenas para caracterizar a escolha do representante, mas para a higidez e eficiência deste próprio mercado. A apropriação destas informações por qualquer das partes é, numa esfera individual até certo ponto compreensível⁴³², ainda que sempre digna de crítica⁴³³.

-Breve Análise de Custos da Representação: Custos de Transação

Já vimos que a estrutura e administração da figura representativa para a celebração de um contrato geram custos de transação no sentido de assegurar o fim comum de assunção de obrigações e deveres de parte a parte.

431 Como é o caso do núncio, por exemplo.

432 Neste sentido recorra-se a AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. “Economia ...”, p. 123, que, citando a lição do autor português Luís Cabral de Moncada (*Lições de Direito Civil – Parte Geral*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1959, v. II, trazida em *apud*), dispõe: “(...) é curioso notar que há tempos o Direito reconhece que se é de esperar, dentro de alguns limites, que o vendedor crie condições propícias para a venda, incluindo alguma imperfeição nas informações transmitidas a respeito do bem. Nas palavras de Moncada, ‘Há em todo comércio um mínimo de fraude, de insinceridade egoísta, que é considerado lícito. Toda a propaganda e reclames comerciais assentam-se nesta base: a *inocente mentira* dos comerciantes! (...) Não esquecer que a palavra comerciante foi historicamente precedida pelas palavras *tratante* e *traficante* sem sentido pejorativo. Contudo, hoje já não se pode chamar isto a nenhum comerciante. Seria ofensivo. É este o chamado *dolus bonus*, caracterizado pelo emprego de razões e argumentos tendenciosos, mas sem a intenção *maléfica* de prejudicar”. Entendemos que a lição trazida, inobstante alguns excessos retrata mesmo de forma prodigiosa a “consciência permissiva” quanto à assimetria de informações nas relações comerciais.

433 Trata-se aqui do “custo da desonestidade”, presente nas lições de AKERLOF, George Arthur. “*The market ...*”, p. 448-500, notadamente p. 495, trecho em que autor analisa o custo da desonestidade nas esferas individual sob a perspectiva de perda de recursos do comprador, mas também social (ou macroeconômica, em conceituação mais apropriada), em que vendedores desonestos, pela seleção adversa, tendem a afastar do mercado os vendedores honestos, prejudicando as futuras negociações e deteriorando a qualidade de produtos, mas, em acréscimo, dificultando a busca de informações sobre qualidade.

Há, ainda, na figura representativa, um acréscimo pouco lembrado pelas doutrinas que tratam do tema – igualmente poucas, mas crescendo em número exponencial –, o dos custos concernentes à negociação, que podem ser – e normalmente são – acometidos ao representante.

O representante celebra o negócio jurídico em nome e no interesse do representado, mas sempre manifestando uma vontade própria. O representante detém, portanto, o conteúdo preceptivo da emissão volitiva própria a formar o negócio em proveito do representado.

Este conteúdo preceptivo, todavia, é embasado pela relação gestória subjacente à relação representativa. Como há a necessidade de uma intervenção material substancial na conclusão de um contrato, ainda que seu papel na celebração seja adstrito a uma composição formal, o representado arca com o custo das instruções negociais que são endereçadas ao representante, sempre no sentido de otimizar a sua atuação e promover o negócio jurídico no melhor interesse do representado tanto quanto possível.

Dentro deste conteúdo preceptivo a ser “absorvido” pelo representante para que atue da melhor forma possível no interesse do representado, devem estar englobados, ainda, os custos de informações da relação jurídica a ser celebrada pelo representante com a transferência de dados e características do contrato a ser concluído, por exemplo.

A exposição dos custos da representação (*agency costs*)⁴³⁴ como fazemos, pode, a princípio, soar paradoxal. Na verdade, os custos que derivam da utilização da figura representativa são maiores, mas os benefícios econômicos trazidos ao representado também são, em regra, maiores⁴³⁵.

Estes benefícios econômicos maiores devem ser buscados por ambas as partes da figura representativa, tanto o representante quanto o representado que devem, desde a produção de normas internas⁴³⁶, tentar reduzir os custos morais atrelados ao mau comportamento esperado do representante.

Busca-se, com a representação, justamente a redução dos custos de transação, em que o representado é poupado, por exemplo, do desgaste negocial, transferido para o

434 SMITH JR., Clifford W. *Agency costs*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987, v. 1, p. 39-41

435 Além de outras referências no texto neste sentido, refira-se a LORENZI, Valéria di. “*Rappresentanza ...*”, p. 11

436 Relativas à relação gestória subjacente.

representante. Esta transferência de ônus, todavia, não vem sem a assunção de outros custos: os da própria representação, como vimos.

É postulado da teoria econômica que os sujeitos racionais busquem maximizar a própria finalidade⁴³⁷, dados e vínculos⁴³⁸. Esta “maximização vinculada”⁴³⁹ é o elemento definidor da eficiência⁴⁴⁰.

Para a análise de bem-estar, os contratos são instrumentos de maximização, podendo e devendo ser analisados desta maneira⁴⁴¹. Cada contrato espelha uma transação, uma troca⁴⁴² presente ou futura propiciada pela divergência de posições negociais entre duas partes que dispõem de interesses contrapostos e complementares⁴⁴³.

A maximização de bem-estar de que os contratos podem ser instrumentos implica a aceitação de um critério objetivo⁴⁴⁴, não sem se reconhecer a dificuldade de se estabelecer um cálculo concreto dos valores dependentes de aferição neste campo de atividades, e

437 O termo talvez não seja o mais apropriado, mas a utilização de um termo mais próximo com o sentido que se pretende transmitir, como “utilidade”, não conteria em seu bojo a dimensão que se pretende atingir. Trata-se, para os consumidores, de utilidade; e para as empresas e empresários, de lucro.

438 Vínculos entendidos da maneira mais abrangente possível, consistindo, por exemplo, na demanda dos consumidores, nos preços de mercado, nas tecnologias de produção, nas instituições que compõem o mercado, nas normas presentes, entre outras possibilidades.

439 A maximização vinculada se refere à maximização da utilidade, riqueza ou bem-estar social.

440 Ver, a este respeito, ZERBE JR. Richard O. *Economic efficiency in law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001. Na nossa doutrina, mas de forma específica a centralizar a eficiência como norte da análise econômica do direito ver ROSA, Cristian Fernandes Gomes da. *Eficiência como axioma da teoria econômica do direito*. Dissertação (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, obra em que o autor perquire a atribuição ao Direito da função de maximização da utilidade, riqueza ou bem-estar sociais, a partir de uma visão mais metodológica.

441 ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 45

442 Esta troca, nos dizeres de ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 46, pode ser de dois tipos: (i) numa, redistributiva ou competitiva, há soma zero, não ocorre um incremento de bem-estar total, porque se trata de disputar recursos que representam o mesmo valor para ambas as partes na transação; (ii) noutra, produtiva e solucionadora, as partes acordam em preços objetivos, de mercado, ou noutros pontos de referência legalmente predispostos, de forma a partilharem o incremento de valor representado pela transferência do recurso para a parte mais disposta a pagar por ele, e, além disso, comunicam, uma à outra, meios para resolverem problemas comuns que possam emergir desta transação.

443 Ver, neste sentido, na doutrina holandesa, BARENDRECHT, Mauritis. *Cooperation in transaction and disputes: problem-solving legal system?*. Tilburgo: Center for liability law of the Tilburg University, 2004, p. 5-6

444 Critério objetivo que tende a se aproximar do critério paretiano, com suas variáveis, com o reconhecimento de que existem escolhas contratuais preferíveis em todas e quaisquer circunstâncias. Sobre o critério do “ótimo de Pareto”, refira-se a COOTER, Robert. *Expressive law and economics*. In: Journal of legal studies. Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 599 e ss. A respeito da padronização de eficiência proposta por Nicholas Kaldor e John Hicks, a partir do ótimo paretiano, leia-se, na doutrina portuguesa, ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 46 e nota 207. Para um contraponto ao critério “Kaldor-Hicks” de eficiência econômica, ver, por todos, dentro da denominada Escola Austríaca, STRINGHAM, Edward. *Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning*. In: The quarterly journal of Austrian Economics. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2001, v. 4, nº. 2, p. 41-50, na qual o autor, firme em Murray Newton Rothbard, critica as propostas de Richard Posner e Bryan Caplan de centralizar a Análise Econômica do Direito na proposta paretiana de Kaldor-Hicks, ao invés das ideias de cariz libertário de Rothbard.

sendo válido esperar indicações meramente tendenciais⁴⁴⁵.

A intervenção legal e doutrinária na figura representativa, cujo desenvolvimento histórico foi apresentado acima, foi, de certa forma, sempre relacionada aos problemas práticos surgidos e no sentido de propiciar uma prevenção ou correção de externalidades subsistentes, a fim de diminuir os riscos e custos ligados à atividade do representante⁴⁴⁶.

Essas externalidades negativas⁴⁴⁷ constituem custos externos à relação contratual que a atividade de um contratante impõe à contraparte e a outros sujeitos alheios à relação contratual, e pelos quais não é obrigado a ressarcir. O sujeito que atua costuma considerar exclusivamente os custos e benefícios particulares e tenta equalizar estes fatores. Se o sujeito, por sua vez considerar os custos externos sociais na relação privada, a fim de sopesar com os benefícios privados, há uma “internalização”⁴⁴⁸ da externalidade.

O fim imediato das intervenções das normas legais e contratuais é o de melhorar a eficiência da relação, modificando os vínculos⁴⁴⁹ com a inserção de deveres e obrigações legais a cargo do representante, e de responsabilidade em caso de violação destes mesmos deveres e obrigações que lhe foram atribuídos. Isto gera redução dos custos de transação.

A complexidade das relações econômicas assim como a qualidade dos bens que lhe são objeto e as tipologias dos sujeitos envolvidos parecem exigir, pelos poderes normativos, fontes da representação – lei e autonomia privada –, intervenções destinadas a reduzir a incerteza em áreas não cobertas pelas tradicionais garantias contratuais oferecidas pelo esquema ou tipo contratual apresentado.

A primeira e essencial chave interpretativa apta a definir a relação entre direito e economia, e enquadrar, através de um modelo diferente, uma nova realidade dos mercados em que a inadequação do contrato⁴⁵⁰ apareça como uma ferramenta que fixa a relação

445 Aqui uma das maiores críticas à Análise Econômica do Direito, quanto à suposta imprecisão de seus critérios objetivos. Vale mencionar que o argumento é fraco diante de analistas do Direito que lidamos com as constantes mutações sociais e econômicas e temos que repensar constantemente os critérios objetivos outrora estabelecidos.

446 Notadamente os custos de risco moral

447 As externalidades não são necessariamente negativas, vale dizer, e podem ser corretas sempre que o mercado funciona suficientemente bem.

448 LORENZI, Valéria di. “*Rappresentanza diretta volontaria nella ...*”, p. 24, nota 69.

449 Implicando, necessariamente, a redução dos custos de transação, custos de informação e da assimetria.

450 A noção, trazida por AMMANNATI, Laura. *Diritto e mercato: una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di “transaction” di Commons*. Artigo. Siena: Dipartimento di Diritto dell’economia, Università di Siena, 2003, p. 5, está intimamente ligada ao conceito de contratos incompletos, que atravessa a análise econômica do Direito.

instantânea entre entes de decisão individual, pode ser representado pela noção de “transação”⁴⁵¹.

Esta noção de transação foi ressuscitada por Coase⁴⁵², que transcendeu os estudos de Commons, abordando os custos de transação a partir da análise de comparação de eficiências entre a solução de mercado e a solução da integração numa empresa como formas de arregimentação e organização dos fatores de produção⁴⁵³.

Esta interpretação, que Araújo denomina “inflexão coaseana”⁴⁵⁴, trouxe à baila os custos de transação como uma comparação de eficiências entre arranjos institucionais alternativos⁴⁵⁵.

Em desenvolvimento posterior do autor britânico desenvolveu-se o potencial analítico dos custos de transação de uma forma mais pragmática e que nos interessa em particular, levando ao chamado “teorema de Coase”⁴⁵⁶.

451 Mais do que a noção de “transação”, interessa-nos a gênese de seu papel como central da atividade empresarial, ou, nos dizeres de ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 197, “(...) a transaction, um espécie de “átomo” da atividade humana, corresponderia a um misto de conflito, mutualidade e ordem, um misto que tenderia para soluções estabilizadoras e agregadoras desses “átomos”, as soluções institucionais”. A tese remete a John R. Commons tido por muitos autores (como Laura Ammannati, além do próprio Araújo, por exemplo) como um dos criadores da terminologia e um dos primeiros institucionalistas a romper com os cânones walrasiano/marshalliano (que partem da racionalidade ilimitada, informações completas e simétricas, instituições externas perfeitas e que asseguram congruência rígida com os planos) (ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 197). Curiosamente, se unânimes quanto à paternidade da transaction como núcleo de estudos, os autores divergem quanto à obra em que se teria dado o pioneirismo de Commons. Para o autor português, teria sido “*The problem of correlating law, economics and ethics*”, artigo publicado no Wisconsin Law Review nº. 8, de 1932. Já a autora italiana atribui a primazia à obra *Legal foundations of capitalism*, de 1924, apresentada numa versão traduzida para o italiano. Independentemente de a razão assistir a um ou outro, Commons (trazido em *apud*) parece, para a doutrina majoritária ser uma das bases da tese que desenvolveria os denominados *transaction costs*. Há muita divergência conceitual em torno do termo “custos de transação”. Ver, a este respeito, ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 199 e ss., e, principalmente, SHELANSKI, Howard A. e KLEIN, Peter G. *Empirical research in transaction cost economics: a review and assessment*. In: Journal of Law, Economics, & Organization: Oxford University Press, 1995, v. 11, nº. 2, p. 335-61, em um trabalho no qual os autores resumem de forma didática a “*transaction costs economics*”.

452 COASE, Ronald Harry. “*The nature ...*”, p. 386-405, notadamente p. 394 e ss.

453 Abordagem que ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 198 simplifica como “a solução ‘horizontal’ de compra no mercado confrontada com a solução de coordenação ‘vertical’ da produção através de fatores subordinados a uma organização hierárquica”.

454 ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 198.

455 DRIESEN, David M. e GHOSH, Shubha. *The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction*. Artigo. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386060&http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=ghosh%202004%20driesen&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2Fsol3%2Fdelivery.cfm%3Fabstractid%3D386060&ei=gCYKT4zELsGctwem97DQBg&usg=AFQjCNGSoR5QFaT5jSohUghnYC3Zg7T2FQ>. [consultado em 20.12.2011], p. 1, nota 6.

456 Ver MEZA, David de. *Coase theorem*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1998, v. 1, p. 270-82

Trata-se de perceber que uma grande amplitude de soluções econômicas está decisivamente condicionada pelo quadro institucional que gera custos de transação superiores ou inferiores, e que, por isso, muitas das soluções tidas por substanciais podem ser alcançadas por uma via mais uniforme e mais qualificada: a de interferência econômica – e, para nós, jurídica – nos níveis de custos de transação que acompanham todas as questões negociais⁴⁵⁷.

Voltando à abordagem da figura representativa, pode-se detectar que, muito embora o representado detenha o poder econômico da relação representativa, por suportar os efeitos patrimoniais que lhe serão adjudicados pelo representante, é, na verdade, o representante quem detém a maior influência sobre os fatores que impactam os custos de transação nas relações celebradas mediante negócio representativo.

Vale retornar ao conteúdo preceptivo do negócio jurídico que pode envolver, na celebração de um contrato, (i) os custos de complexidade – ou custos de redação do clausulado – que podem ou não ficar a cargo do representante, (ii) os custos de disciplina contratual, normalmente assentes nas vontades manifestadas na celebração do negócio – e, portanto, a cargo do representante –, e (iii) as contingências imprevistas, necessariamente suportadas pelo representado, mas que podem ser geradas pelo representante por atuação negligente, dentre outras causas.

Pode-se afirmar que a ênfase voltada para os custos de transação como núcleo das análises de eficiência, propiciou formas de resolução econômica graduais, desviando o foco da eficiência do negócio principal para se centrar nos meandros que afetam timidamente o funcionamento das instituições, mas que dimensionados em conjunto, levam a grandes problemas.

No Direito também ocorrem estas soluções intermediárias mais simples que induzem um funcionamento mais eficiente – ou, talvez, melhor falar em “justo” - do regramento. Assim é, pelos exemplos de Araújo, com as normas flexibilizadoras e supletivas, com o recurso a conceitos indeterminados e com a tipificação de cláusulas sofisticadas, todos “pequenos remédios dos quais se espera um efeito combinado e cumulativo”⁴⁵⁸.

457 ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 198.

458 ARAÚJO, Fernando. “Teoria ...”, p. 201.

A representação direta voluntária galgou, se pensarmos em seu longo desenvolvimento historiográfico, o posto de solução parcial para redução dos custos de transação. Se pensarmos com a teoria econômica, aliada a uma construção histórica que mostre a dificuldade de atuação diante do axioma do *alteri stipulari nemo potest*, podemos certamente concluir que a representação direta adveio como um solução adjetiva para incrementar o tráfego comercial.

A própria justificativa de Laband, acompanhado de Flume⁴⁵⁹, para a abstração da representação com relação ao mandato, repousa num argumento econômico. Assim como a própria construção labandiana origina-se da interpretação de um artigo do Código Comercial de sua época.

Não é, assim, coincidência a escolha da Análise Econômica do Direito para rematar o trabalho ora proposto⁴⁶⁰. A análise com ênfase nos custos de transação propicia-nos a causa justificadora da estruturação de um negócio representativo.

Essa concessão da teoria econômica à possibilidade de otimização das relações a partir de soluções menores e mais precisas é o que suscita o interesse do pragmatismo jurídico por esta teoria. E a sua utilidade, ou precisão, que irriga o seu sucesso multidisciplinar é proporcional à construção teórica pandectista da representação direta voluntária em meados do século XIX.

Em ambos os casos, uma tese está a suscitar uma revolução comercial que, em última instância otimiza as relações econômicas e o tráfego jurídico.

Entendemos não ser absurdo comparar o progresso feito por Coase na teoria de redução dos custos de transação ao progresso atingido por Laband no desenvolvimento da figura representativa. Ainda que ambos os autores tenha sido alvo de severas críticas e, tenham, por outro lado, tido suas teses desenvolvidas e transmudadas por seus prosélitos, o fim de ambos os autores, intencional ou não, parece ser o mesmo.

459 Para a justificativa da abstração da representação a partir do tráfego econômico, remeta-se, novamente, a FLUME, Werner. “*El negocio ...*”, p. 914, posição similar à de Hupka, ambos duramente criticados por ALBUQUERQUE, Pedro. “*A representação...*”, p. 504 e ss.

460 Tanto quanto a construção histórica inicial nos foi útil para o desenvolvimento ulterior do trabalho.

CONCLUSÕES

Certamente não é casualidade que Laband tenha desenvolvido a sua tese de autonomia e abstração da figura representativa a partir do Direito Mercantil. O tráfego jurídico mercantil exige, em seu viés mais dinâmico, formulações ontológicas que se agreguem maior agilidade às relações obrigacionais.

Se, por um lado, a proteção do representado e de seus interesses é parte da noção que forja a figura representativa, por outro lado, o instituto da representação poderia se afigurar impraticável⁴⁶¹ no tráfego econômico-jurídico se somente se pudesse conceber os negócios do representante sob o pressuposto de que este cumpra um dever interno que deva ser exteriorizado em todos os seus matizes.

A representação exige, como previmos *supra*, evidência do poder de representação.

A linha de evolução pandectística, que teve seu auge com a proposição de formatação advinda de Laband veio a cindir a procuração do mandato, coisa que nosso Código Civil de 2002 ainda não conseguiu fazer de forma completa, mesmo após quase 150 anos da tese do autor alemão de Breslau⁴⁶².

A procuração passa a ato jurídico unilateral de outorga de poderes de representação, ao passo que o mandato dá azo a uma prestação de serviço⁴⁶³.

Esta cisão – abstração – contudo, não se dá de forma absoluta, pois sob a procuração deve subsistir um negócio jurídico base em razão dos quais os poderes concedidos pela procuração deverão ser exercidos.

Teoricamente é possível admitir uma atribuição puramente abstrata de poderes de representação. O problema é o de admitir uma “procuração pura” que não dá ao procurador-representante o competente título para imiscuir-se nos negócios do outorgante-representado. A legitimação não se completa por ausência de elemento de validade da procuração.

461 Esta crítica é feita abertamente em FLUME, Werner. “*El negocio ...*”, p. 917

462 Hoje Broklaw, na Polônia.

463 CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de Direito Comercial*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 563.

Apesar de abstrata a procuração não é independente do negócio gestório subjacente, que implicará na natureza geral ou específica dos poderes da procuração bem como a forma pela qual eles serão exercidos.

A própria figura representativa deve ser admitida como um negócio incompleto. O seu significado integral⁴⁶⁴ só é captado quando a procuração é situada na relação fundamental de que emana.

É manifestamente impossível a qualquer estudioso, diante do estágio moderno de compleição da figura representativa, analisar a representação direta voluntária sob uma perspectiva afastada da relação gestória subjacente que lhe aufere eficácia.

A abordagem que propõe o estudo da representação e da relação gestória como funcionalmente conectados parece-nos a mais apropriada⁴⁶⁵.

Esta coordenação funcional⁴⁶⁶, contudo, não pode demolir a construção labandiana por completo. Deve-se creditar a autonomia estrutural entre as figuras representativa e negocial. A abstração da representação não deve ser afastada, como parece pretender Albuquerque, mas deve cingir-se à existência e estrutura dos institutos.

A noção de representação, espécie da interposição de pessoa, centra-se na ideia de que o representado não pode, por qualquer motivo, desempenhar uma determinada função, ou várias funções. Esta impossibilidade pode levar ao uso do mecanismo de interposição específico do qual cuida a representação.

O representante, destacado para cuidar dos interesses do representado, agindo em nome e por conta do representado, contribui para a conclusão de um contrato ou negócio jurídico exprimindo a sua própria vontade.

464 O termo é de ASCENSÃO, José de Oliveira. “*Direito Civil...*”, p. 276 e poderia ser substituído por “fator de eficácia”.

465 Quem propugna esta metodologia também é POUSADA, Estevan Lo Ré. “*Aspectos ...*”, p. 18, nota 5, *in fine*. O autor parece comungar da nossa opinião, fazendo sua análise de abstração parcial, todavia, pelo lado inverso do que propomos, o lado do contrato de mandato.

466 Ou causal para alguns autores, como TEPEDINO, Gustavo. *A técnica da representação e os novos princípios contratuais*. In: *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 79: “*embora configurem institutos jurídicos autônomos, no direito brasileiro, por expressa opção legislativa, a representação compõe a causa do contrato de mandato.*”

Esta manifestação volitiva do representante produz preocupações jurídicas e econômicas. Enquanto as preocupações jurídicas estão normalmente ligadas à legitimidade e limites da representação, à perspectiva econômica releva o grau de esforço⁴⁶⁷ empreendido pelo representante que os incentivos contratuais endógenos são ou não capazes de assegurar.

A representação direta voluntária reduz os custos, em especial os custos de transação, e aumenta a eficiência na contratação. A comparação desta diferença com a interposição gestória demonstraria a economia que a figura representativa⁴⁶⁸ proporciona.

Quanto às informações propiciadas durante o período negocial e anterior à formalização do contrato, vimos que quanto maior a disposição de informações em benefício do representante, menor o risco do negócio para o representado.

É possível, nestes casos, estabelecer uma relação direta entre (i) o conteúdo preceptivo do negócio, exposto ao representante pelo representado para que seja posteriormente reformulado a partir da sua própria vontade, e (ii) as informações do contrato a ser celebrado. O conteúdo preceptivo de que se partiu para estabelecer uma relação de abstração relativa da representação é a outra face da moeda da informação simétrica disposta sobre uma relação contratual a ser travada.

Esta relação de proporcionalidade nem sempre é seguida ou desejada pelo representado, que muitas vezes, por motivos relacionados à relação interna subjacente à representação, não quer que o representante tenha o *full disclosure* do negócio.

A posição, acaso adotada, acentua a assimetria de informações, prejudica a celebração de negócios jurídicos vantajosos e expõe o mercado da contratação a ser levada a efeito à seleção adversa.

Certamente, a adoção de uma base utilitarista promovida pela Análise Econômica do Direito possui vantagens e limitações, bem como pode ser questionada em seu viés metodológico⁴⁶⁹, mas cabe insistir na integração dos conceitos de justiça e eficiência para se

467 Ver, neste sentido, COOTER, Robert e FREEDMAN, Bradley J. “*The fiduciary ...*”, p. 1045-75.

468 Nunca é demais repisar que se está a falar da representação direta voluntária como figura representativa e não da interposição gestória, que não é representação, mas interposição de pessoa.

469 Esta doutrina ética que prescreve a ação de forma a otimizar o bem-estar individual e social tem por principal crítica filosófica seu caráter consequencialista, que avalia uma ação unicamente em função de suas consequências. Esta crítica a que foram submetidos, entre outros, John Stuart Mill, Jeremy Bentham e

agregar a sofisticação analítica propiciada pela análise de bem-estar. Dá-se uma amplitude axiológica com o reconhecimento da autonomia analítica e da integração de considerações de *fairness*⁴⁷⁰ e *efficiency*.

A relação representativa ocupa o cânone da teoria contratual e de seu estudo é possível atribuir soluções paradigmáticas a um enorme conjunto de contratos em que se evidenciam os problemas jurídicos e econômicos aqui suscitados, tais como as relações de trabalho, mandato, agência, *trusts*, contratos de transpore, distribuição, comissão e outros tipos em que podem ser observados: (i) a distribuição de riscos, (ii) observabilidade e mensuração de ações, ativos e riscos, (iii) risco moral – que pode ser simples ou duplo, em caso de representação em ambas as contrapartes, por exemplo – (iv) custos de acatamento do representante e de supervisão para o representado, e (v) demarcação de responsabilidade subjetiva e objetiva.

Como se pode observar, a maioria dos contratos está sujeita a estes limitadores econômicos, o que reforça a necessidade de proliferação de trabalhos que se disponham a uma análise estrutural e econômica da relação representativa, senão como parâmetro de atuação, como opção hermenêutica.

David Hume permeia também a análise econômica que assevera o Direito. Reconhecemos a sua procedência metodológica, mas ignorar os seus efeitos benéficos e a eficiência de seus resultados é um enorme retrocesso.

470 Ainda que *fairness* (justiça, de certa forma) não implique *welfare* (bem-estar), e muitas vezes não implica mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984.

AKERLOF, George Arthur. *The market for “lemons”: quality uncertainty and market mechanism*. In *The Quarterly Journal of Economics*. Boston: MIT Press, vol. 84, nº 3, 1970.

ALBALADEJO, Manuel. *El negocio juridico*. Barcelona: Bosch, 1958.

ALBERTARIO, Emilio. *Studi di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1936, t. 3.

ALBUQUERQUE, Pedro. *A representação voluntária em direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Milano: CEDAM, 2006.

_____. Definizione codicistica di contratto e vinculum juris. *Rassegna di Diritto Civile*, nº 3, 1990.

ALVES, Raúl Guichard. Acerca do instituto da representação voluntária no Código Civil de 1966. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa. v. 18, nº 1, 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMATO, Astolfo di. *Impresa e nuovi contratti: materiali per un moderno diritto commerciale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

AMBROSETTI, Giovanni. *Pressuposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*. Modena: Premiata Cooperativa, 1955.

AMMANNATI, Laura. *Diritto e mercato: una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di “transaction” di Commons*. Artigo. Siena: Dipartimento di Diritto dell’economia, Università di Siena, 2003.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Il mandato in diritto romano*. Nápoles: Jovene, 1965.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Manoel do Monte Rodrigues. *Elementos de direito ecclesiástico publico e particular em relação a disciplina geral da Igreja*. Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães, 1859.

ARNESBERG, Karl Ludwig Arndts von. *Le pandette*. Trad.: Filippo Serafini. 4. ed. Bolonha: Tip. Fava e Garagnani, 1882.

ARROW, Kenneth Josph. Limited knowledge and economic analysis. *The American Economic Review*, The American Economic Association, v. 64, n. 1, 1974.

ASCARELLI, Tullio. *Derecho mercantil*. Trad. Felipe de J Tena. Cidade do México: Porrúa Hnos y Cia, 1940.

_____. *Negócio jurídico indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965.

_____. *Personalità giuridica e problemi delle società*. Milano: Rivista delle società. nº 6, v. 2, 1958.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 2.

ASTUTI, Guido. *Lezioni di storia del diritto italiano: le fonti. Età romano-barbarica*. Pádua: CEDAM, 1953.

ATKESON, Andrew. *International lending with moral hazard and risk of repudiation*. In: *Econometrica*: The Econometrics Society, v. 59, nº. 4, 1991.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Paulo Furquim de, SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos contratos. In *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbliazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948.

BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, v. 1.

BARENDRECHT, Mauritis. *Cooperation in transaction and disputes: problem-solving legal system?* Tilburgo: Center for liability law of the Tilburg University, 2004.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARZEL, Yoram. *Measurement costs and the organization of markets*. In *Journal of Law and Economics*. Chicago: The University of Chicago Press, vol. 25, nº 1, 1982.

BAUDRY-LACANTINIÈRE, Gabriel; WAHL, Albert. *Traité théorique et pratique de droit civil: des contracts aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*. Paris: Recueil Sirey, 1907.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. Filadélfia: The American Philosophical Society Press, 1991.

BERLE JR., Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *Società per azioni e proprietà privata*. Trad. Giovanni Maria Ughi. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1965.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. 1. ed. Belo Horizonte: Forense, 1960.

BESTA, Enrico. *Obbligazioni nella storia del diritto italiano*. Pádua: Litotipo, 1926.

BETTI, Emilio. *Instituzioni di diritto romano*. Pádua: Cedam, 1947.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad.: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

BIGIAMI, Walter. *La delegazione*. Pádua, CEDAM, 1940.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Trad.: Pedro Bravo. Madri: Aguillar, 1973.

BOLAFFIO, Leone. *Il diritto commerciale*. Turim: Tipografia Sociale Torinese, 1925.

BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. *Scritti giuridici varii*. Turim: Unione tipographico-editrice torinese, 1925, t. 3.

_____. *Storia del diritto romano*. 3. ed. Milano: Soc. Editrice Libreria, 1923.

BRITO, Edvaldo Pereira de. *A teoria do contrato e o contrato com pessoa a declarar no Projeto de Código Civil*. São Paulo, Tese (Cátedra) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

BRITO, Maria Helena. *A representação nos contratos internacionais: um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

BRUNNER, Heinrich. *História del derecho germanico*. Trad.: Jose Luis Alvares Lopez. Barcelona: Labor, 1936.

BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 2000.

BUSSI, Emilio. *Formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. Pádua: A. Milani, 1937, t. 1.

CALASSO, Francesco. *La “convenientia”: contributo alla storia del contratto in Italia durante l'alto medio evo*. Bolonha: N. Zanichelli, 1932.

_____. *Introduzione al diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1951.

_____. *Medio evo del diritto*. Milano: Giuffrè, 1954.

CALICETI, Pietro. *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*. Pádua: CEDAM, 1994.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Contrato a favor de terceiro*. Coimbra: Almedina, 1980.

CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil: notions générales*. 5. ed. Paris: A. Pedone, 1929.

CAPPELLINI, Paolo. *Rappresentanza (diritto intermedio)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, t. XXXVIII.

CARCATERRA, Antonio. *Intorno ai bonae fidei iudicia*. Nápoles: Jovene, 1964.

CARIDI, Settimo Carmignani. *Rappresentanza (diritto canonico)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, t. XXXVIII.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad.: Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

_____. *Teoria giuridica della circolazione*. Pádua: CEDAM, 1933.

CARRESI, Franco. *La cessione del contratto*, Milano: Giuffrè, 1950.

CERVENCA, Giuliano. *Institor*. In: *Novíssimo Digesto Italiano*. 3. ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, t. VIII.

CHEN, Chung-Wu. *Apparence et representation en droit positif français*. Paris: L.G.D.J., 2000.

CIAN, Giorgio. *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*. In: *Rivista di Diritto Civile*. Pádua: CEDAM, v. 38, nº 5, 1992.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

_____. *The nature of the firm*. In *Economica*. Nova Iorque: London School of Economics and Political Science, v. 4, 1937.

COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Trad.: Antonio Pérez Martín. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1996, t. 1.

COMPAGNUCCI, Rubén. *Representación voluntária y negocio de apoderamiento*. In *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. La Plata. v. 28, nº 48, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo. v. 36, nº 111, 1998.

COOTER, Robert e FREEDMAN, Bradley J. *The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences*. In: *New York University Law Review*, v. 66, 1991.

_____. *Expressive law and economics*. In: *Journal of legal studies*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

_____ e ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983.

_____. *Direito das obrigações*. Lisboa: Almedina, 2009.

_____. *Manual de Direito Comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953, v.2.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CRUZ, Manoel Martins da Costa. *Procuração em causa própria: definida e aplicada pela jurisprudência*. São Paulo: Estabelecimento Graphico Magalhães, [s.d.].

DANZ, Erich. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Trad.: Francisco Bonet Ramón. 3. ed. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

D'AVANZO, Walter. *Rappresentanza (Diritto Civile)*. In Novissimo Digesto Italiano. 3. ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.

DE MATTIA, Fábio Maria. *Aparência de representação*. São Paulo: Rumo, 1984.

DE ROBERTIS, Antonio. *La interpretazione del Corpus Iuris in Oriente e in Occidente*. Nápoles: Jovene, 1984.

DEMANTE, Antoine-Marie e COLMET de SANTERRE, Edmond. *Cours analytique de Code Civil*. 3. ed. Paris: Plon, 1896, v. 8.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Rousseau, 1933, v. 1.

DERNBURG, Heinrich. *Diritto delle obbligazioni*. Trad.: Francesco Bernardino Cicala. 6. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1903.

DI LORENZI, Valeria. *La rappresentanza diretta volontaria. Problemi e soluzioni alla luce dell'analisi economica del diritto*. In Contratto e Impresa. Pádua, v. 13, nº 2, 1997.

_____. *Rappresentanza diretta volontaria nella conclusione dei contratti e analisi economica del diritto*. Milano: Giuffrè, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Representación en el derecho privado*. Madri: Civitas, 1992.

DOMAT, Jean. *Loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*. Paris: Nyon Aine, 1777.

DONISI, Carmine. *Contratto com se stesso*. Camerino: Scuola di Diritto Civile Dell'università di Camerino, 1982.

DRIESEN, David M. e GHOSH, Shubha. *The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction*. Artigo. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386060&http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=ghosh%202004%20driesen&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2Fsol3%2FDelivery.cfm%3Fabstractid%3D386060&ei=gCYKT4zELsGctwem97DQBg&usg=AFQjCNGSoR5QFaT5jSohUghnYC3Zg7T2FQ>. Acesso em: 20 dez. 2011.

ENDEMANN, Wilhelm. *Manuale di diritto commerciale, marittimo, cambiario*. Trad.: Carlo Betocchi. Nápoles: Jovene, 1901.

ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Trad.: Blás Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1951.

ENRIETTI, Enrico. *Contratto per persona da nominare*. Turim: Giappichelli, 1950.

FERRARA, Luigi Cariota. *El negocio jurídico*. Trad. Manuel Albaladejo. Madri: Aguilar, 1956.

_____. *Negozi sul patrimonio altrui*. Pádua: CEDAM, 1936.

FERRARI, Sigfrido. *Gestione di affari altrui e rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1962.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 2. ed. Roma: UTET, 1959.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Trad.: José María Miquel González. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto di agenzia*. 2. ed. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1958.

FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

GAIUS, *Institutas*. Trad. Alfredo di Pietro. La Plata: Ediciones Libreria Jurídica, 1967.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 6. ed. Pádua: Cedam, 1990.

_____. *Diritto privato fra codice e costituzione*. Bolonha: Zanichelli, 1993.

_____. *Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1988, v. 3, t. 1.

- GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria – Storia del diritto commerciale*. Bolonha: 1993
- GHEZZI, Giorgio. *Del contratto di agenzia: art. 1742-1753*. Bolonha: Zanichelli, 1970
- GIERKE, Otto von. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle politiche giusnaturalistiche*. Trad. e Edição: Antonio Giolitti. Turim: Einaudi, 1974.
- GIRARD, Paul Frederic. *Mélanges de Droit Romain: histoire des sources*. Paris: Sirey, 1912.
- GIUSTI, Alberto. *Il contratto preliminare*. Milano: Giuffrè, 1992.
- GLÜCK, Christian Friederik von. *Comentário alle Pandette*. Trad.: Raffaele D'Ancona e Pietro Bonfante. Milano: Leonardo Vallard, 1909.
- GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Trad.: Vittorio Puchain e Antonio Scialoja. 2. ed. Turim: Unione tipografico-editrice torinese, 1913.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- _____. *Novos tema de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967.
- GRAZIANI, Alessandro. *Negozió di gestione e procura*. In Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1931, v. 1.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma: Laterza, 2006.
- GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. 12. ed. Nápoles: Jovene, 2001.
- HAMZA, Gabor. *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*. In *Index: quaderni camerti di studi romanistici*. Nápoles: Jovene Editore, 1972.
- HIRSHLEIFER, Jack. *Where are we in the theorie of information*. In: The American Economic Review: The American Economic Association, v. 63, nº. 2., 1973.
- HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – Rappresentazione*. Trad.: Claudio Tommasi. Milano: Giuffrè, 2007.

HOLDER, Eduard. *Instituzioni di diritto romano*. Trad.: Dante Caporali. Torino: Fratelli Bocca, 1887.

HOLMSTROM, Bengt. *Moral hazard and observability*. In: The Bell Journal of Economics: RAND, v. 10, nº 1, 1979.

HUPKA, Josef. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Trad. Luis Sancho Seral. Madri: Revista de derecho privado, 1930.

HUVELIN, Paul. *Études d'histoire du droit commercial romain*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

INVREA, Francesco. *Parte generale del diritto*. Pádua: CEDAM, 1935.

JHERING, Rudolf von. *Espírito do direito romano*. Trad.: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

_____. *Posse e interditos possessórios*. Trad.: Aderbal de Carvalho. Salvador: Progresso, 1959.

JUSTINIANO, *Institutas*. Trad. Spencer Vampre. São Paulo: Magalhães, 1915.

JUSTO, Antonio dos Santos. *Direito privado romano II – Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

KANTOROWICZ, Hermann. *Studies in the glossators of the roman law*. Aalen: Scientia Verlag, 1969.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el derecho romano*. Trad.: José Santa Cruz Teijeiro. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

KOTOWICZ, Yehuda. *Moral hazard*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Trad.: Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. 5. ed. Bruxelas: Bruylant-Christophe & Cie, 1893.

LE BRAS, Gabriel. *L'âge classique: 1140-1378: sources et théorie du droit*. Paris: Sirey, 1965.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A adoção do regime de comissão mercantil no processo de comercialização de mercadorias*. In Pareceres. São Paulo: Singular, 2004, v. 1.

_____. *Notas sobre boa-fé e lealdade negocial*. In: Principi per i contratti commerciali internazionali e Il sistema giuridico latinoamericano. Pádua: CEDAM, 1996, p. 71-3.

LELAND, Hayne E. e PYLE, David H. *Informational Asymmetries, financial structure e financial intermediation*. In: The Journal of Finance: American Finance Association, v. 32, nº. 2, 1977.

LISBOA, Roberto Senise. *Da confiança como valor fundamental e princípio geral do negócio jurídico*. São Paulo, Tese (Titularidade) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

LONGO, Giannetto. *Diritto delle obbligazioni*. Turim: Unione tipografico-editrice torinese, 1950.

LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MACHINA, Mark J. e ROTHSCILD, Michael. *Risk*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987.

MADRAY, Gilbert. *Representation em droit privé*. Paris: Recueil Sirey, 1931.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARSICO, Alfredo di. *Rappresentanza nel diritto processuale penale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1915.

MARTY, Gabriel e RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*. 2. ed. Paris: Sirey, 1967, v. 1.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon e MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1976, v.2.

MEIJERS, Eduard Maurits. *Études d'histoire du droit*. Leyde: Universitaire Pers Leiden, 1956, t. 4.

MERTON, Robert Carhart. *An analytic derivation of the efficient portfolio frontier*. In: The Journal of Financial and Quantitative Analysis: University of Washington School of Business Administration, v. 7, nº. 4, 1972.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 1973.

MEZA, David de. *Coase theorem*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1998. v. 1

MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contrattio in generale*. 2. ed. Turim: Unione tipografico-editrice torinese, 1967.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRO JÚNIOR, Joaquim. *Procuração em causa própria e seus efeitos*. Curitiba, Tese (Livre-Docência) da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Paraná, 1952.

MONACHE, Stefano delle. *La contemplatio domini: contributo alla teoria della rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 2001.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Elementos de história do direito romano: fontes e instituições*. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

MORTARI, Vincenzo Piano. *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*. Nápoles: Jovene, 1976.

MOSCARINI, Lucio Valerio. *I negozi a favore di terzo*. Milano: Giuffrè, 1970.

MOSCHELLA, Raffaele. *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*. Milano: Giuffrè, 1873.

MOSCO, Luigi. *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*. Nápoles, E. Jovene, 1961.

NATOLI, Ugo. *Rappresentanza (diritto privato)*. In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987, t. XXXVIII.

NATTINI, Angelo. *La dottrina generale della procura: la rappresentanza*. Milano: Società Ed. Libreria, 1910.

NEPPI, Vittorio. *La rappresentanza nel diritto privato moderno: saggio di una teoria generale*. Pádua: Cedam, 1930.

_____. *La rappresentanza, saggio di una ricostruzione critica*. Milano: Giuffrè, 1961.

ORESTANO, Riccardo. *Rappresentanza: Diritto Romano*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.

OURLIAC, Paul. *Droit romain et ancien droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1957.

PACCHIONI, Giovanni. *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*. 2. ed. Milano: F. Vallardi, 1915.

PAPANTI-PELLETIER, Paolo. *La rappresentanza volontaria nei sistemi romanistici europei e latinoamericani*. In *Roma e America – Diritto Romano Comune: Rivista di Diritto Dell’Integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma. n° 8, 1999.

PARISI, Francesco. *Coase theorem*. In: *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987.

PAULY, Mark V. *The Economics of Moral Hazard: Comment*. In: *The American Economic Review*. Pittsburgh: The American Economic Association, v. 58, n° 3, 1968.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

PERTILE, Antonio. *Storia del diritto italiano dalla caduta dell’impero romano alla codificazione*. 2. ed. Turim: Unione Tipografico, 1896.

PESSOA JORGE, Fernando Sandy Lopes. *O mandato sem representação*. Lisboa: Ática, 1961.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 3. ed. Paris: Pichon et Auzias, 1949, v. 2.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *O princípio da confiança na teoria contratual*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

POPESCO-RAMNICEANO, René. *De la la représentation dans les actes juridiques: en droit compare*. Paris: Duchemin, 1927.

POSTLEWAITE, Andrew. *Asymmetrical information*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Trad.: José Homem Correa Teles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

POWELL, Raphael. *The Law of agency*. London: Pitman, 1952.

PUCHTA, Georg Friederich. *Corso delle istituzioni*. Trad.: Antonio Turchiarulo. Nápoles: Tipografia all'Insegna del Diogene, 1854.

PUGLIATTI, Salvatore. *Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965.

PUGLIESE, Giovanni. *Instituzioni di diritto romano*. 2. ed. Turim: G. Giappichelli, 1990.

QUADRATO, Renato. *Rappresentanza (diritto romano)*. In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987, t. XXXVIII.

RAVÁ, Tito. *Circolazione giurídica e rappresentanza indiretta*. Milano: Giuffrè, 1953.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Trad. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1934.

ROCHA, Manuel Antonio Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 7. ed. Lisboa: Clássica, 1907.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947.

ROMERO, José Iturriaga. *La representación em el derecho privado*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Biblioteca y Publicaciones, 1974.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

ROSA, Cristian Fernandes Gomes da. *Eficiência como axioma da teoria econômica do direito*. Dissertação (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

ROSA, Giovanni di. *Rappresentanza e gestione: forma giuridica e realtà economica*. Milano: Giuffrè, 1997.

ROTONDI, Mario. *Instituciones de derecho privado*. Trad. Francisco F. Villavicencio. Barcelona: Labor, 1953.

RUSSO, Giacomo. *Mandato civile e commerciale*. Roma: Athenaeum, 1936.

SAGGESE, Francesco. *Rappresentanza: nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*. Nápoles: Jovene, 1933.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Nápoles: Casa Editrice Eugenio Jovene, 1954.

SASTRE, Ramón Maria Roca. *Estudios de Derecho Privado*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, t. 1.

SAVIGNY, Friederich Karl von. *Le obbligazioni*. Trad.: Giovanni Pacchioni. Turim: Unione tipographico-editrice torinese, 1915.

_____. *Sistema do direito romano atual*. Trad.: Ciro Mioranza, Ijuí: Fondazione Cassamarca, 2004.

_____. *Storia del diritto romano nel medio evo*. Trad.: Emmanuele Bollati. Turim: Gianini e Fiore, 1857, v.2.

SCADUTO, Gioacchino. *Diritto Civile*. Perugia: Dipartimento per gli Studi Giuridici Alessandro Giuliani, 2003

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Trad.: Jair Barboza. São Paulo: Unesp, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *A representação no novo Código Civil*. In: A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Trad.: José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

SCHUPFER, Francesco. *La famiglia secondo il diritto romano*. Pádua: Sacchetto, 1876.

SCIALOJA, Vittorio. *Scritti giuridici: diritto romano*. Roma: Anonima Romana, 1932.

SHAVELL, Steven M. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University, 2004.

_____. *Risk sharing and incentives in the principal and agent relationship*. In: The Bell Journal of Economics: RAND, vol. 10, 1979.

SHELANSKI, Howard A. e KLEIN, Peter G. *Empirical research in transaction cost economics: a review and assessment*. In: Journal of Law, Economics, & Organization: Oxford University Press, v. 11, nº. 2, 1995.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SMITH JR., Clifford W. *Agency costs*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987.

SOLAZZI, Siro. *Scritti di diritto romano*. Nápoles: E. Jovene, 1957, t. 4.

SOTGIA, Sergio. *Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalita*. Roma: Foro Italiano, 1930.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *Da representação política*. São Paulo, Saraiva, 1971.

SRAFFA, Angelo. *Del mandato commerciale e della commissione*. 2. ed. Milano: F. Vallardi, 1933.

STIGLER, George. *The economics of information*. In: The Journal of Political Economy. Chicago: University of Chicago, v. 69, nº. 3, 1961.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *Principal and agent*. In: The New Palgrave: A Dictionary of Economics. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1987.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Pádua: CEDAM, 1947.

STORCK, Michel. *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982.

STRINGHAM, Edward. *Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning*. In: The quarterly journal of Austrian Economics. Auburn: Ludwig von Mises Institute, v. 4, nº. 2, 2001.

SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ e ADAMEK, Marcelo von. *Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial*. In Revista de de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, nº 155/156, 2010.

TARTUFARI, Luigi. *Dei contratti a favore di terzi*. Verona: Tedeschi, 1889.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. *Dos contratos em geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1947.

TEPEDINO, Gustavo. *Das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte*. In: Comentários ao Novo Código Civil. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A técnica da representação e os novos princípios contratuais*. In: Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

THÖL, Heinrich. *Trattato di Diritto Commerciale*. Trad.: Alberto Marghieri. Nápoles: Marghieri, 1876.

TODESCAN, Franco. *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*. Milano: Giuffrè, 1983, v.3.

TOMASETTI JÚNIOR. Alcides. *A propriedade privada entre o direito civil e a Constituição*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, v. 41, nº. 126, 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

TROPLONG, Raymond Theodore. *Commentaire du mandat*. Bruxelas: Meline Cans, 1847.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. *Interposição de pessoa nos negócios jurídicos*. São Paulo, Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

TUHR, Andreas von. *Derecho Civil: teoria general del derecho civil alemán*. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946.

URITE, Ernesto A. Sánchez. *Mandato y representación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo, Tese (Livre-Docência) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

_____. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ e SZTAJN, Rachel. *Curso de Direito Comercial: Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Malheiros, vol. 4, t. 1.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad.: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Trad.: Fernando Couto. Porto: Rés, 1991.

VISCONTI, Alessandro. *Glosse e glossatori: notizie intorno alla scienza del diritto romano nel Medio Evo*. Milano: Società Editrice Libreria, 1915.

VITA NETO, José Virgílio. *A atribuição da responsabilidade contratual*. Tese (Doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5. ed. Milano: Vallardi, 1922.

VOET, Johann. *Comento alle pandette*. Trad.: Leone Fortis. Venezia: Naratovich, 1846.

WATSON, Alan. *Contract of mandate in Roman Law*. Aalen: Scientia Verlag, 1984.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad.: A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

_____. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luis Carro. Madri: Civitas, 1977.

WILHELM, Walter. *Metodologia juridica en el siglo XIX*. Trad.: Rolf Bethmann. Madri: Edersa, 1980.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad.: Carlo Fada e Paolo Emilio Bensa. Turim: Unione tipographico-editrice torinese, 1925.

_____ e MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all'actio*. Trad.: Giovanni Pugliese. Florença: Sansoni, 1954.

WOLFF, Hans Julius. *Roman law: an historical introduction*. Norman: University of Oklahoma Press, 1951.

WÜRDINGER, Hans. *German company law*. London: Oyez Publishing, 1975.

ZACCARIA, Alessio. *Rappresentanza*. In *Rivista di Diritto Civile*. Pádua. v. 36, nº 4, 1990.

ZAVALÍA, Fernando J. López de. *Teoria de los contratos*. Buenos Aires: Ed. Victor P. de Zavalía, 1971.

ZEILLER, Franz Edlen von. *Direito natural privado*. Trad.: Pedro Auvian da Matta Albuquerque. 2. ed. Pernambuco: M. F. de Faria, 1840.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996.