

Atualidades

APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO: A INSUSTENTABILIDADE DE UMA TEORIA

FÁBIO KONDER COMPARATO

1. Ao contrário do que comumente se imagina, os desvios de raciocínio jurídico não costumam provir de dificuldades no reconhecimento de exceções aos princípios, mas sim da não aplicação dos próprios princípios, mesmo os mais elementares.

Assim ocorre, freqüentemente, com o princípio fundamental, expresso no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil, de que o juiz decidirá a lide com base na lei, somente podendo recorrer às demais fontes do direito em caso de omissão legal. A lei, como fonte primária do direito, deve ser aplicada de forma direta ou indireta, ou seja, a partir da expressa determinação de suas normas, ou mediante uma interpretação analógica. É somente quando se verificar claramente uma lacuna legal que o juiz está autorizado a invocar o costume ou os princípios jurídicos.

Mas em que consiste a lacuna da lei?

2. A literatura jurídica nacional pouco se demorou na análise e definição do que seja uma lacuna legal. Prevaleceu, aqui como em vários outros campos da técnica jurídica, a noção correspondente ao sentido comum do vocábulo: a lacuna seria, simplesmente, uma falha, uma omissão do ditado normativo.

Ora, essa acepção comum do vocábulo é manifestamente imprestável para o processo de interpretação e aplicação do direito. A lacuna, num texto legal, não é uma omissão qualquer, mas uma omissão qualificada pelo concurso de certas características determinadas.

Partindo-se do pressuposto lógico de que a ordenação jurídica constitui um *sistema*, isto é, um conjunto ordenado de elementos interdependentes, cada parte componente desse sistema — por exemplo, cada “ramo” do direito — forma, em si mesma, um subsistema. Segue-se, daí, que a existência ou não de lacunas só pode ser apreciada no quadro sistemático dessa ordenação legal e, nunca, nos limites de um texto isolado ou de um diploma legal destacado do conjunto.

Nos países pertencentes ao chamado sistema jurídico romano-germânico, em que a fonte primária do direito é a lei, a verdadeira lacuna é uma descontinuidade ou falha no próprio sistema ou plano ordenado da legislação.¹ Não há, portanto, rigorosamente falando, lacuna legal, quando é possível decidir uma questão mediante o re-

1. É o que se convencionou denominar na doutrina germânica, desde o estudo fundamental de Elze (*Lücken im Gesetz*, 1916), uma “descontinuidade contrária ao plano da lei” (*planwidrige Unvollständigkeit*). Cf., na doutrina contemporânea, Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Springer-Verlag, 1983, p. 358.

* Artigo em memória do Professor Ary Brandão de Oliveira, da Universidade Federal do Pará.

curso à analogia, pois esta representa uma operação lógica de busca, dentro do próprio sistema, da norma genérica, isto é, daquela que se situa, logicamente, acima da norma específica para um caso semelhante.²

Importa, ademais, salientar que o sistema legal deve ser considerado em si mesmo, sem qualquer juízo de valor por parte do intérprete. Não é lacuna da lei a solução legislativa que o intérprete considere injusta ou inepta, de acordo com o seu critério pessoal de justiça ou congruência.³ No sistema democrático de separação dos órgãos de poder no Estado, o Judiciário não está autorizado a mudar o sentido da lei, pois esta é sempre tida como manifestação da soberania popular. O Judiciário introduziria grave desordem no sistema constitucional, se ousasse usurpar o poder, atribuído pela Constituição exclusivamente aos representantes do povo soberano, de editar regras legais.⁴

Tampouco se confundem com as veras e próprias lacunas as omissões voluntárias do legislador, que atribui ao juiz a função de preenchê-las.⁵ “O juiz”, dispõe o Código de Processo Civil (art. 127), “só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

2. Nunca é demais lembrar que a criação da ciência jurídica (*iurisprudencia*) pelos romanos resultou da aplicação, no campo do direito, do método dialético grego de distinção entre gêneros e espécies (cf. Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, pp. 62 e ss.).

3. *Sic*, K. Larenz, ob. cit., p. 359.

4. Num acórdão sempre citado, o Supremo Tribunal Federal teve ocasião de assentar: “Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular, ele próprio, a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério” (*Revista Brasileira de Direito Processual* 50/159).

5. É o que se denominou impropriamente, lacunas *intra legem*, para distingui-las das outras, que seriam *praeter legem* (cf. Henri Deschenaux, *Le Titre Préliminaire du Code Civil*, Friburgo, Éditions Universitaires, 1969, pp. 91-92).

Não se trata pois, aí, contrariamente à opinião de certos autores,⁶ de um processo de “heterointegração” da lei, uma vez que é esta própria que assim o determina.

Da mesma forma, não se pode falar de heterointegração, em nosso sistema jurídico, quando a lacuna legal é preenchida por meio do recurso ao costume ou aos princípios gerais de direito, pois isto também resulta de um comando legal (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º). Para que se recorra a essas fontes secundárias, é sempre preciso, obviamente, que se esteja diante de uma verdadeira lacuna da lei, no sentido que se acaba de expor.

3. Dentro do sistema do direito privado, costuma-se dizer que o instituto da representação tem base ou na lei, ou na vontade negocial. Mas essa classificação não é exata: ela deixa de lado uma terceira espécie, em que a representação funda-se, concomitantemente, na lei e na vontade do representado.

O protótipo da representação puramente negocial é dado pelo contrato de mandato, por força do qual “alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses” (Código Civil, art. 1.288). Aqui, tudo depende da vontade do mandante, não só quanto à determinação dos poderes conferidos ao mandatário, mas também no tocante à duração da relação contratual.

Entre nós, já se apontaram as disposições dos arts. 1.318 e 1.321 do Código Civil como exceções ao princípio da vontade auto-regradora do mandante, para com base nelas fundar a teoria da representação apartente,⁷ mas o raciocínio é incorreto. Partiu-se de uma deficiente análise do negócio jurídico que põe fim à relação de mandato. Deixou-se de levar em consideração o fato

6. Francesco Carnelutti, *Teoria Generale del Diritto*, 3ª ed., Roma (“Foro Italiano”), 1951, n. 40; Norberto Bobbio, *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, Turim (Giappichelli), 1994, pp. 99-100.

7. Cf. Fabio Maria de Mattia, *Aparência de Representação*, São Paulo, 1984, p. 57.

óbvio de que o direito potestativo resolutorio do mandante é um negócio jurídico receptível, isto é, que só cobra efeito no momento em que é levado ao conhecimento, quer do mandatário, quer dos terceiros com os quais ele contratou. Logo, trata-se de uma limitação de efeitos do ato resolutorio *ex vi legis*, e nunca de uma extensão de efeitos do mandato por via interpretativa.

A representação de interesses, exclusivamente fundada na lei, existe no direito privado em relação às pessoas absolutamente incapazes, relacionadas no art. 5º do Código Civil.

Finalmente, é fundada, tanto na lei quanto na vontade do representado, a representação orgânica das pessoas jurídicas, que Pontes de Miranda denominou *representação*.⁸

Determina o Código Civil, em disposição de princípio, que “as pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores” (art. 17). A parte final desse artigo já não está mais em vigor, pois a Lei de Registros Públicos, tanto a anterior, quanto a atual (Lei n. 6.015, de 31.12.73, art. 120-II), exige que do ato constitutivo levado a registro conste, necessariamente, “o modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente”.

O importante a observar é que o dirigente da pessoa jurídica de direito privado não funda seus poderes apenas na determinação legal ou estatutária, mas sim também na designação de seu nome, feita pelos demais integrantes da pessoa jurídica, reunidos ou não num órgão estatutário.

Assim, por exemplo, no regime legal da sociedade anônima, a causa ou título dos poderes de representação social é dupla: estatutária e negocial. De acordo com a determinação legal (Lei n. 6.404, de 1976,

art. 138, § 1º *in fine*), a representação da companhia é privativa dos diretores. Compete aos estatutos sociais determinar quais os cargos de diretoria que compreendem poderes de representação e quais os seus limites. Compete, em seguida, à assembléia geral (art. 132-III), ou ao conselho de administração (art. 142-II), designar as pessoas que preencherão esses cargos.

É claro, porém, que uma pessoa jurídica pode também ser representada por mandatários, desde que estes sejam regularmente designados pelos dirigentes dotados de poder de representação.

Assinale-se, por fim, que os atos de representação praticados com excesso de poder, tanto por parte dos órgãos da pessoa jurídica, quanto de seus mandatários, podem ser ratificados, de modo expresso ou tácito (Código Civil, art. 1.296, § único). Aquele que age sem poderes de representação, ou com excesso de poderes, presume-se mero gestor de negócios, enquanto o titular do interesse não ratificar os atos que este praticou (idem, art. 1.297). Se o terceiro tem ciência de que o mandatário age com excesso de poderes, só terá ação contra este e não contra o mandante (art. 1.305).

Tais regras aplicam-se também à representação orgânica. Na lei de sociedades por ações, por exemplo, dispõe-se que “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder com violação da lei ou do estatuto” (art. 158).

Importa distinguir as duas proposições normativas inscritas nesse artigo de lei. Em relação à primeira, deve-se deduzir a *contrário sensu* que o administrador que age com excesso de poderes de representação *fica pessoalmente vinculado pelas obrigações contraídas em nome da companhia*. Ou seja, estabelece aqui a lei acionária uma regra em tudo semelhante à do art. 1.305 do Código Civil. Já a segunda parte do art.

8. *Tratado de Direito Privado*, t. III, § 308.

158 da Lei n. 6.404 estabelece a responsabilidade civil do administrador, por dano antijurídico que tenha causado à companhia em razão de seu proceder abusivo.

Em suma, em matéria de representação de pessoas jurídicas, é sempre a vontade desta que prevalece, quando manifesta no quadro legal ou estatutário.

4. Essa prevalência da vontade do representado, em última instância, é o que explica a figura da chamada representação presumida, que os alemães preferem denominar poder ou mandato tolerado (*Duldungsvollmacht*).

"Se alguém", dispõe o Código Civil alemão (§ 171), "comunicou a um terceiro em particular, ou ao público em geral, que deu poderes a outrem, este fica autorizado a representá-lo, no primeiro caso perante o terceiro determinado, no outro caso perante qualquer terceiro". Com base nessa disposição, doutrina e jurisprudência assentaram na Alemanha, em interpretação ampliativa, que quem conscientemente deixa que outrem aja sem poderes como seu representante, autoriza-o tacitamente a representá-lo e fica, por conseguinte, pessoalmente vinculado perante terceiros pelos atos por ele praticados em seu nome.⁹

No direito brasileiro, esse mandato presumido entra perfeitamente no quadro regular do contrato, não podendo ser considerado uma exceção à natureza essencialmente consensual deste. A conclusão do mandato não obedece a nenhuma forma determinada: a relação contratual nasce de modo expresso ou tácito, verbal ou escrito (Código Civil, art. 1.290).

Ora, esse mandato presumido ou tolerado, como foi muito bem argüido,¹⁰ nada

tem a ver com a situação jurídica em que, sem qualquer tolerância ou autorização tácita do titular de um interesse, outra pessoa se inculca como seu representante, iludindo a boa-fé de terceiros com quem contrate. Aqui, o pretenso liame representativo não se funda nem na vontade tácita do suposto mandante, nem em determinação legal.

Que a lei não contemple expressamente essa hipótese, é fato incontroverso, pois foi justamente com base na suposta carência legislativa que se procurou montar a teoria da representação aparente.

Na verdade, não há, em tal hipótese, nenhuma lacuna legal, no sentido exposto neste parecer (*supra*, ns. 1 e 2), nem princípio jurídico algum que justifique o reconhecimento de uma relação de representação. O sistema jurídico brasileiro, como o da generalidade dos sistemas da denominada "família romano-germânica", tem soluções expressas e completas para a situação postulada pela teoria da aparência. Senão, vejamos.

Se o suposto mandante não faltou ao seu dever de diligência para impedir as atividades do *falsus procurator*, a ele não podem, obviamente, ser imputados os efeitos dos atos praticados por este: não se está, aqui, diante de atos inválidos, mas sim ineficazes, relativamente ao suposto mandante.¹¹ O mandatário fica pessoalmente obrigado perante o terceiro, com quem tratou (Código Civil, art. 1.305).

Da mesma forma, a se admitir que o terceiro não tenha agido com boa-fé e que ele se achava perfeitamente ciente da inexistência de uma verdadeira representação, a ineficácia dos atos praticados é inquestionável, quer em relação ao mandatário, quer quanto ao suposto dono do negócio (Código Civil, art. 1.306).

Se, ao contrário, é possível imputar ao falso representado uma negligência qual-

9. Cf. Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 3ª ed., Springer-Verlag, 1979, § 49, 3; Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Munique (Beck), 1967, pp. 569 e ss.

10. Werner Flume, *ob. cit.*, § 49, 4. A argumentação desenvolvida por este autor, no quadro do direito alemão, constitui uma condenação inapelável da teoria da representação aparente.

11. *Sic*, Pontes de Miranda, *ob. cit.*, t. XLIII, § 4.685, 4.

quer em fazer cessar as atividades daquele que age em seu nome sem poderes de representação, e não se podendo vislumbrar no caso uma autorização tácita, a solução não há de ser outra senão a responsabilidade do culpado — o representado negligente — por perdas e danos.

Não cabe aqui operar por analogia. A situação de mandato tácito e a pretensa representação aparente são completamente díspares, nenhum elemento tendo em comum que justifique a transposição analógica de uma expressa hipótese legal de incidência para outra semelhante, não contemplada em lei. O mandato tácito supõe uma outorga efetiva de poderes (e, portanto, uma inequívoca manifestação de vontade), enquanto na chamada representação aparente não ocorre nenhum consentimento do suposto representado aos atos praticados pelo falso representante.

Por outro lado, ainda que se pudesse falar em lacuna da lei na hipótese em exame, e admitindo-se a impossibilidade lógica de se operar por analogia, é bem de ver que nenhum princípio geral de direito conforta a solução preconizada pela chamada teoria da aparência de representação.

Os seus propugnadores argumentam com a necessidade de se preservar a segurança das relações, sobretudo mercantis, e com o dever geral de proteção aos terceiros de boa-fé, que seriam irremediavelmente lesados, se o suposto representado não ficasse vinculado pelos negócios concluídos pelo falso procurador. Mas em nosso direito, como fartamente sabido, a regra geral em matéria de dano antijurídico negocial é a sanção por perdas e danos (Código Civil, art. 159), não a validade e eficácia dos negócios jurídicos praticados a dano de outrem. Dir-se-á que o montante da indenização pode, eventualmente, coincidir com o valor do negócio concluído pelo representante aparente. Mas essa coincidência será meramente fortuita, pois as perdas e danos são estimadas não apenas em função do dano sofrido pela vítima, como também pelo grau de culpa do autor do dano.

E, de qualquer maneira, se se trata de proteger a segurança das relações econômicas e a boa-fé dos contratantes, não se vê bem por que se deva preferir proteger antes o terceiro que tratou com o representante aparente, do que o pretense mandante, que também foi abusado por este e que se encontra em posição de completa insegurança quanto a negócios concluídos em seu nome por quem não tinha poderes para tanto.

5. Nem se traga ao debate, para abonar a teoria da aparência de representação, o argumento tantas vezes invocado de que o aval dado pelo falso representante vincularia, não obstante a inexistência de poderes, aquele em nome de quem este agiu.

O argumento é imprestável, porque corresponde a uma exegese *contra legem*. Tanto a nova lei do cheque (Lei n. 7.357, de 2.9.1985, art. 14), quanto a Lei Uniforme de Genebra sobre cambiais (art. 8º), dão outra solução para o caso: é o *falsus procurator* que assume pessoalmente a obrigação cambial, não a pessoa em nome da qual foi dado o aval. Não se consegue entender como se pode extrair dessa claríssima disposição legal — que já constava, aliás, da Lei Cambial de 1908 (art. 46) — uma conclusão exatamente contrária ao sentido manifesto de sua proposição normativa.

6. Em suma, no sistema legal brasileiro, há três situações bem distintas, que comportam soluções expressamente determinadas:

1ª) Alguém tolera que outrem aja em seu nome, tratando juridicamente com terceiros: não se pode deixar de reconhecer um mandato tácito (Código Civil, art. 1.290), que vincula o mandante aos efeitos dos atos praticados pelo mandatário.

2ª) Sem consentir tacitamente em que alguém, despoído de poderes, se apresente como seu representante, o representado é negligente em tomar as providências necessárias a fim de fazer cessar o abuso: o terceiro de boa-fé, que com o falso representante contratou, tem ação contra este (Código Civil, art. 1.305), além de poder exercer uma pretensão indenizatória contra o

representado negligente, com fundamento no art. 159 do Código Civil.

3ª) O terceiro descumpra o seu dever de diligência — normal ou profissional —, ao tratar com o *falsus procurator*: ele não tem ação alguma, nem contra este nem contra o pretenso representado (Código Civil, art. 1.306).

Como se vê, as soluções existem e elas são perfeitamente razoáveis. Ainda que não o fossem, é bem de ver que não poderia o intérprete tentar corrigir a lei, propondo a

adoção de outra solução normativa, que lhe pareça mais adequada ao seu critério pessoal de justiça.

A teoria da representação aparente constitui verdadeiro contrabando ideológico no direito nacional. Um grupo de professores de direito e magistrados, fascinado pela novidade intelectual que nos vem do estrangeiro, demitiu-se do seu dever elementar de interpretar e analisar o direito pátrio em sua sistematicidade. O resultado foi nefasto.