

FABIO MARIA DE MATTIA

APARÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO

São Paulo
1984

rais, enquanto se enquadram no âmbito de uma função comum teleológica, apresentam um suficiente grau de elasticidade e de fungibilidade, ao menos até aparecer tendencialmente compatíveis com a representação, como antecedente de um efeito genérico, que não compromete nem perturba os seus respectivos efeitos, limitando-se apenas a tornar possível a ligação imediata e direta com a esfera do *dominus* representado.⁽¹²⁸⁾

CAPÍTULO II

CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO APARENTE

A locução “representação aparente” em nosso tema, significa que se cuida nos respectivos casos de tipos assemelhados a representação real.

O representante extralimita seus poderes sempre que executa o negócio jurídico não como ficou estabelecido na procuração, divergindo dela ou excedendo-lhe os limites. Em consequência, em qualquer desses casos o representado não estaria obrigado com relação a terceiros, a não ser em decorrência de eventual ratificação.

Mas é evidente a injustiça de condenar inflexivelmente os terceiros a suportar os prejuízos que sofrem, com a ausência e desvio de poderes. Eis, porque, levando-se em conta o legítimo interesse de terceiros distingue-se se agiu com boa ou má fé, matéria tratada na doutrina e regulada nas legislações.

Terceiros agem de boa fé, quando ao contratar podem crer, fundamentadamente que o representante atua dentro dos limites de seus poderes, que está investido do direito de representar.

Terceiros atuam com má fé, se conhecem ou deviam ter ciência da verdadeira extensão dos poderes do representante e, por conseguinte, sabiam que este excede seus poderes ao contratar.

Na primeira eventualidade, o representado estaria obrigado em relação a terceiros, como se tivesse estado legitimamente representado, ressalvado o seu direito de demandar o representante, para obter a indenização pelos prejuízos que lhe foram causados com a execução do contrato.

Na segunda situação, terceiros careceriam do direito de litigar contra o representado, a não ser que este tenha ratificado a atuação do representante, sem prejuízo do direito de acionar por reparação.⁽¹²⁹⁾

(128) SIGFRIDO FERRARI, ob. cit., págs. 125, 127 e 128.

(129) DAVID STITCHKIN BRANOVER, ob. cit., págs. 434 e 435.

Existirá representação aparente, quando a idéia da aparência se localizar na pessoa do representante: este parece um representante, mas não o é na realidade, o que leva à conclusão de que inexistente qualquer procuração.

A noção de representação aparente deve se limitar às hipóteses em que uma pessoa parece agir em nome de outra pessoa.⁽¹³⁰⁾

A representação aparente existe tanto no direito civil como no direito comercial, mas foi neste campo que a jurisprudência generalizou a aplicação da representação aparente, em decorrência do caráter permanente e orgânico de que se reveste, nas mais das vezes.

A diferença entre ocorrência de representação civil aparente e representação comercial aparente é justificada por Jean Calais-Auloy, por ser difícil conceber a aparência de procuração conferida a um particular, para executar uma operação isolada (o que ocorre normalmente na representação civil), enquanto que a noção de representação intervém, constantemente no mundo negocial, quando a atividade principal e quase única de certas pessoas consiste em agir por conta de outras pessoas, dando oportunidade para se conceber a intensidade com que pode apresentar uma aparência de representação.

Conclui que as regras da representação aparente encontram seu terreno de eleição no campo das pessoas jurídicas, que não podem agir senão por intermédio de representantes — gerentes, conselho de administração, presidente, diretor-geral que são os verdadeiros órgãos institucionais que, entre outras funções, exercem as de contratar com terceiros em nome da sociedade.⁽¹³¹⁾

CAPÍTULO III

CAMPO DE ATUAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO APARENTE

O direito comercial se utiliza freqüentemente, da representação, quando se trata de explorar um bem ou um conjunto de bens, que seu proprietário não quer ou não pode explorar, por si mesmo.

Por exemplo, em certos casos, o proprietário de navio é representado de pleno direito pelo capitão nos atos que dizem respeito à exploração deste navio; ao lado de seu desempenho técnico, o capitão

(130) JEAN CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, pág. 61.

(131) JEAN CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, págs. 57 e 58. A melhor doutrina parém é a de que as pessoas jurídicas não são representadas, mas agem através de seus órgãos.

tem, pois, uma atividade comercial que surge de seu posto. Eis uma matéria para a qual a jurisprudência e, as vezes, a lei aplicam as regras da representação aparente.

Certos representantes comerciais, sem revestir um caráter propriamente orgânico, são profissionais, cuja atividade principal consiste em agir por conta de outras pessoas, por exemplo, os agentes e representantes de comércio, os gerentes e prepostos de banqueiros.

Em cada profissão criam-se usos que governam as regras da representação e que tem natureza que favorece a aplicação da representação aparente.⁽¹³²⁾

Falando no campo da aplicação da representação aparente, Jacques Léauté se posicionou, entendendo tratar-se de aplicação da teoria da representação aparente: considera ele o mandante obrigado para com terceiros, mesmo pelos atos de seu mandatário que excederam os limites do mandato, desde que estes terceiros puderam legitimamente, acreditar na existência do mandato". Em seu trabalho, limita a análise às aparências da representação sendo certo que, diferentemente de Demogue, não circunscreve a expressão representação aparente apenas a eventualidade de ausência total de procuração.⁽¹³³⁾

Em verdade, o que se excedeu foi o direito de representação, criando-se, por conseguinte, um poder aparente.

Mas a aplicação da teoria da representação aparente vai estendendo seu campo de atuação. A jurisprudência francesa mais recente inclina-se para admitir a existência de aparência de representação no campo dos regimes matrimoniais. Lembra que uma tal evolução fora festejada pela doutrina (Champenois, Cornu), preocupada em não ver neutralizados, pelo recurso à aparência, os mecanismos os mais fundamentais do direito dos regimes matrimoniais.⁽¹³⁴⁾

CAPÍTULO IV

ORIGEM HISTÓRICA E A EVOLUÇÃO DA DOCTRINA DA REPRESENTAÇÃO APARENTE NA ALEMANHA, NA FRANÇA E NA SUIÇA

Antes mesmo de se admitir as figuras do herdeiro aparente e do credor aparente, já existia entre os juristas romanos o princípio

(132) JEAN CALAIS-AULOY, ob. cit., pág. 58.

(133) JACQUES LÉAUTÉ, ob. cit., pág. 289. A posição de DEMOGUE encontra-se explicada em "Obligations", I, pág. 191.

(134) *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, outubro-dezembro de 1981, pág. 854.

acolhido, por exemplo, no artigo 1.318 do Código Civil Brasileiro inspirado em passagens do Digesto 46, 3, Fragmento I, 12, § 2.º e no artigo 1.321 cuja idéia vem das Institutas 3, 26, § 10.º e do Digesto 17, 1, Fragmento 26 Pr.⁽¹³⁵⁾

Wolfgang Fikentscher traçou a evolução da representação aparente, na Alemanha mostrando-lhe as várias fases, com suas características. Analisou seus pressupostos, âmbito, duração e conseqüências jurídicas.⁽¹³⁶⁾ A representação aparente não é um conceito do direito escrito, mas, o resultado de uma gradativa evolução jurisprudencial.

O Bundesgerichtshof (BGH) adotou, em algumas decisões, a jurisprudência do Reichsgericht (RG) sobre a representação aparente e ampliou-a em alguns pontos.⁽¹³⁷⁾

A importância do trabalho de Wolfgang Fikentscher pode ser avaliada pela explicação introdutória: Parece oportuno pesquisar, com base nessas decisões, o estado atual da doutrina da representação aparente, do que se retirarão determinadas conseqüências para a relação da representação aparente com a representação real, especialmente tendo em vista o conceito de representante. É então de essencial importância a indagação sobre o conceito de representante que exige, quer na representação real como na representação aparente, uma vontade de representação. Com isso deverá prestar-se uma contribuição maior à discussão retomada, cada vez com maior freqüência, nos últimos tempos, sobre as questões fundamentais que surgem com o emprego de um coadjuvante no intercâmbio jurídico negocial.⁽¹³⁸⁾

Wolfgang Fikentscher divide seu trabalho em três partes: I) O desenvolvimento da jurisprudência sobre a representação aparente até o seu estado atual; II) O comportamento do representante na representação aparente e III) A vontade do representante na representação aparente, concluindo com as diferenças entre a representação normal, a representação aparente e o negócio para quem possa interessar.⁽¹³⁹⁾

(135) CLÓVIS BEVILÁQUA "Código Civil Comentado", volume 5.º, 10.ª edição, Rio, Livraria Francisco Alves, 1957, páginas 54 e 56.

(136) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Correa, sob o título "Procuração Aparente e Conceito de Representante".

(137) Bundesgerichtshof (BGH): Suprema Corte; Reichsgericht (RG): Suprema Corte até 1945.

(138) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 1.

(139) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 1.

Neste item é oportuno analisar o desenvolvimento da jurisprudência alemã sobre a representação aparente, até o seu estado atual.

O problema da representação aparente desenvolveu-se, especialmente, em um escorço histórico, que assinala, em destacadas decisões típicas das supremas cortes, a marcha das idéias que conduziu a este instituto. O ponto de partida, ofereceu-o a situação econômica a que se ateve a jurisprudência sobre a representação aparente.

No giro diário dos negócios, muitas vezes, não é possível a uma das partes declarantes certificar-se da existência da procuração⁽¹⁴⁰⁾ que investe de poderes o representante da outra, que com ela contrata. Comumente deve confiar, com base em circunstâncias externas, em que o representante age dentro do âmbito de um poder de representação jurídico-negocial, conferido pelo representado. A insegurança, que a isso se liga, onera a parte declarante com o risco de que perante ela não se obrigue o representado, com quem ela queria contratar, no caso de faltar uma procuração válida.⁽¹⁴¹⁾

Para, na medida do possível, livrar o mundo dos negócios desse risco, bem cedo se empenhou a jurisprudência em reduzir as exigências quanto aos pressupostos de validade da outorga de uma procuração.

Ao tempo do Reichsoberhandelsgericht (ROGH) lançava-se mão, nos casos que hoje se consideram sob o ponto de vista da representação aparente, da admissão no giro mercantil, da outorga tácita da procuração ao empregado.⁽¹⁴²⁾

O passo seguinte, deu-o o RG em uma decisão do ano de 1879, com a declaração de que, para afirmar-se a outorga tácita de procuração por um comerciante, basta que a atividade do representante empregado, cuja eficácia da representação se questiona, ocorra comumente sob as vistas do dono do negócio. Não se exige conhecimento bastante do negócio realizado pelo representante. Característico desse estágio primitivo é o apego a uma procuração jurídico-negocial — ainda que apenas tácita e a ser outorgada genericamente — e a limitação dessa jurisprudência aos casos em que o representado é um comerciante, no sentido jurídico.⁽¹⁴³⁾

(140) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 1.

(141) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 2.

(142) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 2. Reichsoberhandelsgericht; Tribunal Superior de Comércio do Reich.

(143) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 2.

Peter Bader refere o seguinte julgado do "Reichsgericht", datado de 5 de novembro de 1879: um empregado costumava emitir declarações de vontade em nome do patrão, sem por este estar autorizado, fato que, entretanto, saltava aos olhos do patrão. Considerou-se que havia procuração tácita. Segundo a fundamentação, porém, o caso seria de representação aparente, por ter-se considerado inexigível a prova de conhecimento do comportamento do empregado pelo patrão.

Peter Bader, em sua monografia, nos dá outros exemplos da casuística deste período: ⁽¹⁴⁴⁾

1) Um viajante comercial firmou contratos com um freguês para o seu representado e recebeu o dinheiro que, contudo, não entregou para o dono do negócio. A ação do representado contra o freguês foi rejeitada, porque, embora tal viajante não estivesse enquadrado nas disposições legais que cuidavam dos agentes comerciais viajantes, entendeu o tribunal que, por falta de providências adequadas do dono do negócio, o freguês não podia saber que o viajante não era um representante comercial (*Handlungsreisende*) da espécie dos que, pela lei alemã de então, tinham poderes de representação. O tribunal levou em conta que o freguês desconhecia não se tratar de um verdadeiro agente comercial viajante e que ele estava de boa fé.

2) Uma mulher comerciante, embora sabendo que seu marido dera um "aceite" sob a firma dela, calou-se. Para considerá-la obrigada, o tribunal levou em conta não só que ela se calou, a despeito de saber o que estava ocorrendo, mas também que ela, regularmente permitia que isso acontecesse e já honrara outras letras de câmbio assinadas por seu marido em iguais circunstâncias. A decisão que é de 3 de janeiro de 1873, cuida pois de um caso de procuração de tolerância, embora essa expressão ainda não fosse usada. ⁽¹⁴⁵⁾

3) Na decisão de 26 de maio de 1873, o marido da mulher comerciante era representante comercial dela, por força das funções que exercia na casa de comércio, conforme as disposições da lei comercial alemã, então vigente, mas sua procuração só lhe permitia contratar com firmas conhecidas da mulher, entre as quais não se contava a do reclamante. Mas no passado ele já contratara com a

(144) PETER BADER, "*Duldungs und Anscheinsvollmacht*" (Zur Entwicklung in der Rechtaprenchung der Zivilgerichte und zur dogmatischen Einordnung), tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa sob o título "Procuração de tolerância e procuração aparente" (desenvolvimentos na jurisprudência dos tribunais civis e classificação dogmática).

(145) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Correa, pág. 11.

firma do reclamante e o contrato fora honrado por ambas as partes. Entendeu o tribunal que não era dado à mulher comerciante invocar a falta de procuração, tendo em conta a boa fé do reclamante, que o supunha autorizado a contratar. Fez-se remissão também, ao princípio da "actio institoria" romana.⁽¹⁴⁶⁾

4) Na decisão de 16 de setembro de 1873, considerou-se o portador de recibo em branco, consoante longo uso entre as partes, procurador tácito, para o recebimento do dinheiro.⁽¹⁴⁷⁾

5) Na decisão de 29 de novembro de 1873, considerou-se que quem tem procuração para contratar, tem-na tacitamente para receber reclamação por defeito da coisa.⁽¹⁴⁸⁾

6) No julgado de 30 de junho de 1873, falou-se de autorização da companhia seguradora ao seu agente para contratar juízo arbitral, porque ele usou um impresso dela.⁽¹⁴⁹⁾

7) No julgado de 17 de dezembro de 1874, decidiu-se que quem não se opõe ao recebimento de dinheiro por um agente sem procuração embora, disso tenha conhecimento, deve sofrer o prejuízo do pagamento feito a ele, porque devia, no interesse da segurança dos negócios e da boa fé, avisar a parte contrária da inexistência da procuração.⁽¹⁵⁰⁾

O desenvolvimento da era seguinte foi delineado por parte do legislador com as disposições do HGB (Código Comercial) que entrou em vigor em 1897 e do BGB (Código Civil), em vigor desde 1900. No § 56 do HGB erigiu-se a presunção irredargüível, no interesse do giro comercial mercantil, a proposição da experiência de que as pessoas empregadas em uma loja ou depósito de mercadorias têm poderes para vender e receber, dentro dos limites usuais. No lugar de uma procuração a outorgar-se por negócio jurídico, entra a presunção da lei. Nos §§ 170 e seguintes contém o BGB preceitos, com fundamento nos quais, em benefício de um terceiro não informado da situa-

(146) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Correa, pág. 12.

(147) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Correa, pág. 12.

(148) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Correa, pág. 13.

(149) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Correa, pág. 13.

(150) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Correa, pág. 13.

ção de fato, subsiste a procuração estabelecida por negócio jurídico, a despeito de sua real extinção, até que dela tome conhecimento o terceiro. Cuida-se então de casos de representação aparente regulados por lei, em que se renuncia à exigência da qualidade de comerciante.

Após a entrada em vigor dessas disposições, manifestou-se a possibilidade de seu emprego análogo em casos de representação aparente, não regulado pela lei. Entretanto, a jurisprudência⁽¹⁵¹⁾ dos anos subseqüentes empregava a conclusão analógica apenas ocasionalmente, jamais em todos os casos, e nunca como fundamento único da decisão. As mais das vezes, servia a invocação de decisões anteriores — às vezes impertinente — à fundamentação de noções posteriores que, na verdade, continham um avanço na doutrina da representação aparente. Nesse embasamento de novas regras de direito por velhas, que só por si não servem como precedentes está um dos velhos problemas do direito pretoriano.

Para o desenvolvimento da representação aparente serviu como diretriz uma decisão do RG de 1907. Cuidava-se da questão de o empregado de um comerciante, com poder de representação, agir pelo dono do negócio, quando se apresentava externamente a aparência da outorga de procuração, que contudo inexistia. Formulou-se, então, pela primeira vez, a idéia da aparência de direito, em matéria de representação. Afirmou-se na decisão que um comerciante, que assim procede, deve suportar que contra ele valha a atividade de seu representante aparente; o âmbito do poder de representação, que repousa no “comportamento do⁽¹⁵²⁾ comerciante, que vem a aparecer externamente”, regula-se pela medida em que a representação aparente se tornou externamente conhecida. Sob o comportamento do comerciante deve-se compreender a tolerância de que um empregado aja por ele.

Como já foi observado acima, a decisão baseia-se não em uma analogia com os citados preceitos do HGB e do BGB, mas, não de todo corretamente, nas comentadas decisões do ROGH. Contém no entanto, em face da jurisprudência anterior, um ponto de vista essencialmente novo: no que toca à jurisprudência, mantivera-se, até então, indispensável a exigência de uma procuração outorgada por negócio jurídico. Agora basta que o comerciante tolere que o empregado aja por ele. Se essa tolerância dá origem à aparência de uma representação, pode um terceiro que contrata com o empregado

(151) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls 3.

(152) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls 3.

concluir pela outorga de uma correspondente procuração e confiar em um poder de representação.⁽¹⁵³⁾

O negócio jurídico é substituído por uma aparência de direito. Nesse caso, inicialmente ainda se apega a jurisprudência ao requisito da qualidade de comerciante do representado, conquanto, nos §§ 170 e segs. do BGB, já se houvesse renunciado a isso.

A partir daí, a idéia da representação aparente teve acesso a uma série de especiais grupos de casos e a outras áreas do direito, nas quais, desde então, se formou uma jurisprudência permanente sobre a aparência de direito. Esses desenvolvimentos paralelos devem mencionar-se aqui apenas em parenteses. Primeiramente merece alusão a jurisprudência sobre os casos em que um empregado do comércio atua no telefone, perante terceiros, para o dono do estabelecimento. A esse respeito adota o RG, em jurisprudência a receber, mas não a fazer declarações.

Um outro grupo de casos é o da entrega de papéis em branco. Igualmente em tal entrega pode estar a gênese de uma aparência⁽¹⁵⁴⁾ de direito da outorga da procuração. Outra sólida jurisprudência foi a que se desenvolveu sobre a representação aparente de empregados de corporações de direito público. De regra, nega-se, nesse caso, o efeito da aparência de direito. Importante quanto ao direito societário é, por fim, a decisão do RG do ano de 1934, em que se consideraram válidas perante os demais sócios as deliberações de uma sociedade comercial, que era nula por motivo de doença mental de um dos sócios, com o fundamento de que a aparência de direito exteriorizada vincularia como a realidade jurídica.⁽¹⁵⁵⁾

Esses casos de aplicação e ampliações especiais da teoria da representação aparente mostram a importância da nova idéia jurídica. A própria representação aparente continuou a desenvolver-se para além do ponto a que chegaram as referidas decisões.

Peter Bader dá outros exemplos de jurisprudência, sobre a representação aparente, apreciadas pelo "Reischsgericht":

a) julgado de 22 de janeiro de 1892: a tolerância de que um agente de seguros aja como procurador, sem ter procuração, leva a reconhecê-lo como procurador.

(153) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 3 e 4.

(154) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 4.

(155) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 5.

b) julgado de 14 de março de 1907: responsabilizou-se uma sociedade pelo comportamento de seu caixa, rejeitando-se a defesa de que a diretoria não o teria percebido, porquanto, nas circunstâncias atuais do caso, deveria tê-lo percebido;

c) julgado de 16 de agosto de 1911: viu na entrega de obrigações com cessão em branco autorização para dispor livremente dos créditos;

d) julgado de 25 de setembro de 1922: responsabilizou o patrão pela declaração de vontade, lançada pelo empregado em um cartão postal, que tinha impressas a firma e a assinatura do patrão e que este entregara ao empregado, para preencher com outro conteúdo;

e) julgado de 27 de março de 1925: em homenagem à boa fé, aos usos e costumes do comércio e à segurança dos negócios, responsabilizou-se o réu, que entregara a um agente de negócios sem procuração, formulários de prestação de contas, com a sua firma impressa, de sorte que o agente, abusando desses formulários, pôde fazer-se passar por representante;

f) julgado de 4 de julho de 1927: uma sociedade bancária permitiu que o gerente de um posto de depósitos fizesse e desfizesse, a despeito das limitações internas de sua procuração, que de resto não foram dadas ao conhecimento de terceiros. Os negócios praticados eram, outrossim, usuais nessa espécie de negócio. Considerou-se nessa decisão que o dono do negócio responde quando o seu pretenso representante age com a sua vontade ou age nas suas costas, porque ele foi negligente em vigiá-lo, de modo a parecer a terceiros de boa fé que tinha procuração;

g) julgado de 2 de dezembro de 1927: responsabilizou-se o dono do negócio, que pelo seu comportamento provocou em terceiros a impressão de que seu empregado tinha poderes para obrigá-lo cambialmente;

O requisito do estabelecimento mercantil, a jurisprudência deixou de lado pela primeira vez em uma decisão do ano de 1927. Nesse caso o administrador-florestal-chefe vendeu madeira das matas da requerida. Esta, que não era comerciante, tolerou que ele agisse, por ela sem procuração. Ocorreu a aparência de uma procuração. O RG decidiu que não vinha ao caso a qualidade de comerciante do dono do negócio, bastando que houvesse um estabelecimento, tanto de natureza mercantil como não mercantil. A requerida estaria obrigada pelo ato do administrador florestal.

Operou-se a extensão da doutrina da representação aparente aos negócios não mercantis. O BGH adotou, em sua decisão de 9 de fevereiro de 1951 (caso de arrendamento), a opinião que entretentes o RG já externara, reiteradamente, no sentido que a validade do

princípio jurídico da aparência de direito da representação “não se restringiria aos estabelecimentos mercantis” e ao giro⁽¹⁵⁶⁾ comercial, mas deveria ser reconhecida de modo geral, mercê do § 242 do BGB. Todavia, dever-se-ão colocar, de regra, precisamente por causa da exigência da boa fé (§ 242 do BGB), requisitos mais rigorosos no surgimento da aparência de direito de uma representação, nos negócios alheios a um estabelecimento, do que nos negócios de uma empresa que, as mais das vezes, é mercantil. Havendo um estabelecimento negocial, a parte declarante confia mais na ocorrência da outorga de uma procuração aos empregados em atividades na empresa, do que nos negócios comuns, não ligados a qualquer substrato material. Em princípio, deve admitir-se francamente a extensão da doutrina da representação aparente, pois a representação é um instituto do direito privado não só do direito mercantil, de forma que sua aparência jurídica pode surgir tanto no campo do direito civil como no comercial.

O passo mais importante para o desenvolvimento da jurisprudência sobre representação aparente apresentam algumas decisões aparecidas quase ao mesmo tempo. Na verdade fala o RG, inadequadamente de “outorga tácita de procuração”, mas o que se quer dizer é representação aparente. Nessa decisão, chega o RG à conclusão de que não vem ao caso, para a eficácia da representação aparente, que o representado de fato tolere, mas que o mundo dos negócios possa supor que ao representado, mediante o emprego do cuidado exigível no mundo dos negócios, não poderia ter passado despercebido o comportamento do representante e que por isso ele o teria tolerado. Além disso seria importante que da suposição dessa tolerância o mundo dos negócios pudesse concluir pela outorga de uma correspondente procuração⁽¹⁵⁷⁾

Fundamenta-se essa teoria com uma remissão a um julgado pouco antes publicado. Em nenhuma das decisões, porém, se elucida porque, no lugar da tolerância até então exigida pela jurisprudência, que inclui um ato de vontade do representado, basta a objetiva aparência de tolerância de um comportamento, aos olhos do mundo dos negócios.

Sobre a importância dessa modificação nos pressupostos da representação aparente chama a atenção Schmidt Rimpler, em sua anotação a um julgado do RJ. Ele se refere apropriadamente, a que, de início, a nova jurisprudência se baseia em que o mundo dos negócios pode contemplar o comportamento do representado, partindo

(156) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 5.

(157) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 6.

de que ele age e o tolera. Em sendo este o caso, o segundo pressuposto é que da aparência de tolerância possa o mundo dos negócios concluir a existência de uma outorga de procuração. Portanto, segundo essas duas decisões, para a afirmação de uma representação aparente válida é mister uma dupla conclusão, tirada do comportamento do representado, que se estende primeiramente à ocorrência de uma outorga de procuração.

A diferença quanto à jurisprudência anterior está em que esta requeria apenas uma conclusão simples, ou seja a existência de uma procuração, tirada da tolerância, que devia ser demonstrada. Segundo a doutrina mais recente, a única coisa com que o dono do negócio vinculado pela representação aparente contribui para o surgimento desse vínculo é um "comportamento", do qual se pode tirar a dupla conclusão acima mencionada.⁽¹⁵⁸⁾

Através dessa jurisprudência, reforça-se a posição do mundo dos negócios, enfraquecendo a do representado mais do que seria preciso. Uma restrição digna de aplauso, em favor do representado, surgiu então com o julgado do BGH de 12 de maio de 1952 (caso da lotérica). Nesse caso deveria decidir-se se, por via da mediação de uma hoteleira que agia para a sociedade lotérica, a qual, embora desconhecesse a atividade daquela, tratava como válidos os cartões de apostas por ela recebidos, podia ter lugar uma aposta válida, segundo as condições gerais de negócio da sociedade lotérica. O BGH aplicou a doutrina da representação aparente e afirmou que o apostador, como parte do negócio, devia supor, segundo a boa fé, que a sociedade lotérica conhecia e tolerava que a hoteleira por ela agisse e que daí podia concluir pela existência de uma outorga de procuração (na verdade inexistente). Ocorreu, portanto, a restituição à instância inferior, para exame da questão de a sociedade lotérica, como representada, poder conhecer e evitar, mediante o emprego do devido cuidado, o comportamento da hoteleira intermediadora. A teoria da representação aparente encontrou assim uma complementação através da exigência de que o representado, por via de emprego do cuidado exigível no mundo dos negócios, estivesse objetivamente na situação de conhecer a atividade do representado e, se necessário, evitá-la.

Não se pressupõe, nesse caso, uma tolerância culposa. Não vem ao caso que o representado, através de sua tolerância, desatenda ao cuidado exigível no mundo dos negócios, mas que ele possa conhecer e evitar o comportamento do representante, mediante emprego do

(158) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 7.

mesmo cuidado.⁽¹⁵⁹⁾ Não se exige que o dono do negócio impeça a atividade do representante, mas que ele a possa impedir, se quiser. Essa restrição corresponde a um interesse merecedor de proteção, daquele que está vinculado pela representação aparente.

Já o Tribunal Superior da Zona de Ocupação Britânica (OGH brZ), no relato de Peter Bader, decidiu em matéria de representação aparente:

a) julgado de 1949: invalidou a venda de um imóvel da Igreja Luterana, feita pela sua administração financeira, em desacordo com as normas próprias e sem a concordância da comunidade da Igreja e do Departamento Estadual de Igrejas. Além disso, a utilização do imóvel para uma indústria de armas contrariava a ideologia da Igreja. Acresce que o adquirente aproveitou-se da situação política religiosa. Não se lhe podia reconhecer boa fé;

b) julgado de 2 de novembro de 1949: a mulher arrendou, por longo prazo, o negócio do marido que se ausentara, em virtude da guerra. Entendeu-se que excedera aos poderes de administração da mulher e que não houvera procuração tácita, porque estando internado, não tinha o marido a menor idéia do que fazia a mulher. O casal, de resto, estava separado. Negou-se validade ao arrendamento.⁽¹⁶⁰⁾

O estado atual da jurisprudência sobre a representação aparente, objetivo desta investigação prévia, delineia-se a partir de agora segundo: 1) os pressupostos; 2) o âmbito; 3) a duração e 4) as conseqüências jurídicas.

Pressupostos: Se alguém conclui com um pretense representante de outra pessoa um negócio jurídico bilateral, esta, por força de aparência de direito da representação na verdade não outorgada, obriga-se e legitima-se, se, quem contrata com o representante, tendo em vista, segundo a boa fé, os costumes do mundo dos negócios, pode supor, com base no comportamento da outra pessoa, que ela conhece e tolera a atividade do que por ela age como representante e que o teria autorizado a agir assim. Não se dá, porém o efeito da representação, quando a outra pessoa, mesmo usando do cuidado exigível do mundo dos negócios, não poderia conhecer e evitar a atitude do representante.

Âmbito e Duração da representação aparente: definem-se pelos limites, dentro dos quais aquele que contrata com o representante,

(159) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 8.

(160) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa.

tendo em vista, segundo a boa fé, os usos do mundo dos negócios, pode concluir pela existência de uma procuração. São ainda delimitados por via da “revogação” da representação aparente pelo representado, isto é, por uma manifestação de vontade que, chegando ao declarante contrário, destrua a aparência de direito.⁽¹⁶¹⁾

Presentes os pressupostos da representação aparente, a aparência de direito da representação vincula como a própria representação real. Tem lugar o negócio jurídico bilateral. Se se deve prestar a reparação de dano, deve reparar-se o interesse na execução.

Deve distinguir-se do efeito constitutivo de responsabilidade da representação aparente na representação, ao concluírem-se negócios jurídicos, o efeito ampliativo da responsabilidade da representação aparente na representação ao empregarem-se os chamados “outros auxiliares de execução”.

Estando presentes os acima indicados pressupostos da representação aparente, pode um auxiliar, encarregado da execução de um dever contratual já existente, constituir outros auxiliares de execução, para executarem esse dever, com eficácia perante o credor, mesmo sem ter ele poderes para isso. O dono do negócio obriga-se então para com o credor, pela culpa desses outros auxiliares de execução, no mesmo âmbito em que pela culpa daqueles por ele constituídos. Nesse caso não conduz a representação aparente à responsabilidade decorrente de contrato, mas a aparência de direito amplia a responsabilidade por lesão contratual. Também aí se depara uma continuação do desenvolvimento da teoria da representação aparente pelo BGB.⁽¹⁶²⁾

Peter Bader elenca os seguintes julgados dos Tribunais estaduais:

a) OLG Kiel, julgado de 16 de fevereiro de 1948: considerou a mulher tacitamente autorizada para prover, na ausência do marido, a tudo quanto fosse necessário no interesse dele e da família e estivesse de acordo com a situação das coisas;

b) LG Goetingen, julgado de 19 de fevereiro de 1948: consoante a experiência geral da vida, a mulher de um prisioneiro de guerra tem a sua concordância e, por isso, está autorizada a tomar medidas estritamente necessárias à subsistência;

c) OLG Celle, julgado de 19 de outubro de 1949: considerou pertinentes ao marido os direitos e deveres relativos a um contrato de arrendamento de um imóvel que a mulher vinha explorando com a sua concordância desde o seu engajamento no exército;

(161) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 9.

(162) WOLFGANG FIKENTSCHER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 9 e 10.

d) OLG Düsseldorf, julgado de 4 de fevereiro de 1950: simples impressão da marca de uma sociedade automobilística em papéis de correspondência não gera representação aparente, mas, se concorrerem outros fatos que dão a entender, poder de contratar por ela, há representação aparente, porque não se pode exigir do comprador que teste os poderes do revendedor.⁽¹⁶³⁾

Peter Bader exemplifica a jurisprudência sobre representação aparente da atual Suprema Corte Alemã (Bundesgerichtshof-BGH) com as seguintes decisões:

a) julgado de 18 de outubro de 1951: consoante a concepção correntia, o gerente de montagem tem poderes para contratar pessoal auxiliar e, em razão da segurança dos negócios, não se pode exigir que os contratantes testem a efetiva existência da procuração;

b) julgado de 12 de fevereiro de 1952: uma estalajadeira coletava apostas para a sociedade Sport-Toto GmbH, sem estar autorizada por esta mas, por encomenda do competente posto de recebimento, usando cupons com a marca e o carimbo da sociedade, que até então nunca os rejeitara. Considerou-se que havia representação aparente, porque se podia admitir, com boa fé, que a representada conhecia e tolerava a atividade de quem se apresentava como representante;

c) julgado de 5 de janeiro de 1955: para vincular o dono do negócio, exige-se que o pretense representante tenha agido com certa duração e freqüência; mas se o negócio não é usual, as exigências à boa fé do contratante devem ser mais rigorosas;

d) julgado de 25 de junho de 1956: um empregado de uma companhia seguradora usava cartas de confirmação com assinaturas em "fac-simile". Atribuiu-se a ela o risco do abuso de seu empregado, fazendo-a responder, do ponto de vista da aparência de direito e da proteção à confiança, perante os que supuseram que o empregado podia agir por ela;

e) julgado de 30 de outubro de 1958: considerou-se o arquiteto, a quem o empresário encarregou de responder a todas as questões relacionadas com os trabalhos de construção, com poderes bastante para acertar diárias de trabalho, em virtude da posição em que foi colocado;

f) julgado de 18 de dezembro de 1958: o arquiteto estava autorizado a despesas até determinada importância. Houve, porém, necessidade de um trabalho urgente que ultrapassava esse valor em

(163) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa.

1/5. O dono da obra foi avisado e nada opôs. Considerou-se a despesa adicional coberta pela representação: não tem conteúdo poderes mais extensos, como o de contratar serviços de engenharia e conferir contas da obra;

g) julgado de 15 de fevereiro de 1960: o arquiteto representa o dono da obra perante os operários, naquilo que corresponde à boa fé e aos costumes, em razão de sua posição, podendo receber as tarefas executadas, rejeitá-las ou apresentar reclamações sobre elas, assim como dar instruções;

h) julgado de 29 de novembro de 1966: decidiu-se que a um tabelião, pelo seu próprio ofício, se impõem maiores cautelas na verificação dos poderes de quem lhe dá instruções para a utilização de dinheiro que está em seu poder, não podendo ele ir tão longe na confiança em impressões externas, como de outra forma ocorre, em casos de representação aparente ou procuração por tolerância;

i) julgado de 22 de maio de 1975: considerou-se válida a intimação feita a um advogado que era empregado de outro, visto que aquele costumava receber intimações na ausência deste, assim como assinar arrazoados, tudo com a anuência do patrão, pelo que se reconheceram os princípios da procuração de tolerância.⁽¹⁶⁴⁾

FRANÇA: Assinala Jacques Léauté que o instituto da representação aparente formou-se independentemente da teoria da aparência. A idéia de obrigar o representado a suportar as consequências de certos excessos de poder praticados pelo representante foi, de início, adotada pelos tribunais, sob a pressão de necessidades estranhas a qualquer construção jurídica de conjunto.⁽¹⁶⁵⁾

Indica os julgados da primeira fase, demonstrando que os artigos 1.998, 2.005 e 2.009 do Código Civil Francês, como o artigo 22 do Código Comercial, não se apresentaram como obstáculo intransponível a admissão da representação aparente.⁽¹⁶⁶⁾

(164) PETER BADER, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa.

(165) O artigo 2.005 do Código Civil Francês dispõe que a revogação do mandato, notificada apenas ao mandatário, não pode ser oposta aos terceiros que contrataram na ignorância desta revogação; os artigos 2.008 e 2.009 do mesmo ordenamento, acrescentam que a ignorância, pelo mandatário, da morte do mandante, ou de uma das outras causas, que extinguem o mandato, não dispensa o mandante de executar os compromissos assumidos pelo mandatário em relação aos terceiros que estejam de boa fé. Hoje, enfim, chegou-se à conclusão de que a simples afirmação de que os mandantes são responsáveis pela escolha de seus mandatários é bastante. JACQUES LEAUTÉ, ob. cit., pág. 289.

(166) JACQUES LEAUTÉ, ob. cit., pág. 289

Mas, depois, pouco a pouco se operou uma transformação. Os argumentos anteriores, particulares a cada tipo, são conservados, mas se lhes acrescentam novas justificações, de caráter mais geral, e, em julgado de 7 de maio de 1851, se introduziu, expressamente, o recurso à confiança, crença séria do terceiro, o que abriu, assim, o caminho à noção de aparência propriamente dita.

Alguns anos mais tarde, em 1860, um julgado declarou, claramente, que o representado está obrigado, além da procuração, para com terceiros de boa fé, que ignoravam uma restrição oposta à aparente extensão da procuração.

A partir de então afirmou-se uma orientação favorável, antes de tudo, à segurança e ao progresso das transações comerciais.

Desde então, os tribunais não hesitaram em desconhecer os artigos 2.003 e 2.005 do Código Civil Francês, desviando-se, assim, de um dos raros textos legais que, interpretado pela analogia, poderia ter permitido apoio em disposições legais. Os tribunais se liberaram de qualquer submissão à jurisprudência, para a qual prepararam um alargamento.

Mas apenas mais tarde se introduziu nos acórdãos a noção de poderes aparentes e, pouco a pouco, se uniu a teoria particular da representação aparente à teoria geral da aparência.

Iniciou-se uma segunda fase na vida do instituto, pois os autores passaram a apresentar a representação aparente como uma simples aplicação da teoria da aparência.⁽¹⁶⁷⁾

O esforço de síntese efetuado pela doutrina pareceu levar a uma solução inspirada nos mesmos princípios, para os casos os mais diferentes. Pouco importava a causa: obscuridade da procuração, papel em branco (*blanc seing*), publicidade insuficiente das causas restritivas da procuração, revogação.

A teoria se aplicava a partir do momento em que terceiros tiveram sérias razões para acreditar na aparência da procuração.

Todavia, uma análise mais precisa da jurisprudência contemporânea não tardou a demonstrar que não desapareceu o liame com a independência original.

Certas decisões se afastaram da teoria geral da aparência, pois, obrigaram o representante a executar a obrigação, que não estava nas intenções deste contratar, desde que terceiros de boa fé puderam acreditar na realidade da representação. O ato do representante não

(167) JACQUES LÉAUTÉ, *ob. cit.*, págs. 290 e 291.

estava "além" da procuração, mas constituiu simplesmente um desvio nos quadros da representação.⁽¹⁶⁸⁾

Passou-se a distinguir implicitamente o excesso de poder, que implica na aplicação da teoria da aparência, e o abuso de poder da que não exige invocação à teoria da aparência.

Em conclusão: a originalidade do instituto não desapareceu mas, certamente, a teoria da aparência no conjunto influenciou, profundamente, a teoria particular da representação aparente.

O desejo de proteger terceiros é, nos dois casos, a preocupação principal dos tribunais; os interesses do representado são relegados ao segundo lugar, mesmo sacrificados, como o foram também aqueles das outras pessoas obrigadas em virtude da teoria geral da aparência.⁽¹⁶⁹⁾

A representação aparente baseia-se sobre duas aparências pelo menos, a do representado e do representante, ao contrário do maior número das outras aplicações da teoria geral da aparência que repousam no fato que uma única pessoa, ou proprietário, ou herdeiro, ou tutor, por exemplo, assumiram uma aparência enganadora.

A representação aparente é, pois, mais complexa do que as outras aplicações.

A teoria da representação aparente só se explica claramente, desde que se lhe reconheça uma certa autonomia, intermediária entre a independência mais completa e a dependência mais absoluta.⁽¹⁷⁰⁾

SUIÇA: A proteção do terceiro de boa fé, se faz, na Suíça, através de uma interpretação extensiva dos artigos 33, alínea 3, e 34, alínea 4, do Código das Obrigações, e em virtude da "Vertrauenstheorie" adotada pelo Tribunal Federal, quando o terceiro de boa fé se relaciona com um representante colocado numa situação, que aparece exteriormente, de modo que implica ordinariamente, no curso normal das coisas, em poder de representação.

CAPÍTULO V

NATUREZA JURIDICA DA REPRESENTAÇÃO APARENTE

A representação aparente situa-se entre as espécies de representação não negocial.

(168) JACQUES LÉAUTÉ, ob. cit., págs. 291.

(169) JACQUES LÉAUTÉ, ob. cit., págs. 291.

(170) JACQUES LÉAUTÉ, ob. cit., págs. 270.

Em verdade, os efeitos da representação aparente não são desejados pelo representado, que contudo se submete a adimplir a obrigação em nome dele assumida pelo representante aparente e, na eventualidade de inadimplemento, caberá a ele ressarcir ao terceiro que confiou no poder aparente de representação.

Enquanto a representação real nasce de um negócio jurídico unilateral, que é a outorga de procuração, a representação aparente gera conseqüências não de natureza negocial mas, da categoria dos atos jurídicos em sentido estrito (*Rechtshandlungen*).

Portanto, pode-se dizer que a natureza jurídica da representação aparente é a de um ato jurídico em sentido estrito, o qual surge não pela vontade do representado, mas por imposição do sistema de direito positivo, que reconhece que aquele que gerou a possibilidade de alguém confiar num poder aparente obriga-se perante quem confiou legitimamente.

Há uma analogia com a natureza jurídica da gestão de negócios, que também tem seus efeitos originados por um ato jurídico em sentido estrito "ex lege", ou seja, cuida-se de um ato jurídico em sentido estrito.

A análise esclarece que os efeitos gerados não se colocam em nenhuma relação com o intento do "dominus", ou seja esses efeitos não são objetivados por ele mas, constituem apenas a conseqüência que a lei atribui à atividade do gestor, de per si considerada exaurindo-se, então, a gestão no cumprimento de uma atividade meramente material, em suma, a gestão de negócios é tão só um ato jurídico em sentido estrito.⁽¹⁷¹⁾

Quanto à representação aparente, pode-se dizer que em certos sistemas configura um ato jurídico em sentido estrito previsto na lei (por exemplo, no BGB, §§ 171 e seguintes e no Código Civil Brasileiro, artigos 1.318 e 1.321). Em outros sistemas jurídicos trata-se de ato jurídico em sentido estrito nascido por construção jurisprudencial.

Nos atos jurídicos em sentido estrito, o ordenamento prescinde, para a sanção do ato, da existência de uma vontade dirigida à produção dos efeitos correspondentes, ou seja, o ordenamento preestabelece tais efeitos na sua totalidade, de maneira constante e inderrogável.⁽¹⁷²⁾

(171) SIGFRIDO FERRARI, ob. cit., págs. 37, 41 e 42.

(172) VITTORIO NEPPI, "La rappresentanza — saggio di una ricostruzione critica", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1961, pág. 100.

Não é difícil salientar que, enquanto os negócios jurídicos, sendo a mais alta expressão da autonomia jurídica privada, ou, em outros termos, sendo o meio jurídico mais eficaz com o qual cada um provê ao auto-regramento dos próprios interesses, apresentam eles cada vez uma substância material, cujas modalidades podem ser sempre fixadas livremente pelos seus autores, de maneira mais ou menos extensa. Os atos jurídicos em sentido estrito são, ao contrário, caracterizados pelo fato incontestável de terem, cada um deles um conteúdo, por assim dizer, puntiforme, isto é, restrito a um único ponto, substancialmente invariável, caso por caso.

De tal diversidade surge o corolário segundo o qual, nos negócios jurídicos permanece sempre possível ao seu autor decidir a oportunidade de concluí-los. Ao invés, nos atos jurídicos em sentido estrito, isto às vezes não ocorre.⁽¹⁷³⁾

A natureza jurídica da representação aparente é a de ato jurídico em sentido estrito, pois, diante do poder de representar aparente não se pode falar na existência de representação voluntária que é de natureza negocial.

De fato, torna-se claro que, quando se está frente a um ato jurídico estritamente considerado e tal ato é obrigatório para qualquer um, não será jamais possível admitir o emprego da representação para realizá-lo, porquanto esta postula como seu elemento essencial que o representante possa decidir sobre a conveniência de desenvolver a atividade que lhe foi atribuída pelo interessado.⁽¹⁷⁴⁾

CAPÍTULO VI

FUNDAMENTO JURIDICO DA REPRESENTAÇÃO APARENTE

Para Demogue a representação se baseia, por necessidade prática, mais na vontade aparente do que na efetiva vontade do representado.

Planiol e Ripert aceitam os fundamentos da representação aparente e consideram que o princípio, em que se baseia, é uma regra absolutamente necessária para a segurança daqueles que contratam com o representante, principalmente em se tratando de representação

(173) VITTORIO NEPPI, *“La rappresentanza — saggio di una ricostruzione critica”*, ob. cit., pág. 101.

(174) VITTORIO NEPPI, *“La rappresentanza — saggio di una ricostruzione critica”*, ob. cit., pág. 101.

tácita, e torna-se impossível que terceiros possam verificar, em cada caso, através de instrumento de procuração, a extensão e duração dos poderes do representante.

A teoria da representação aparente objetiva proporcionar segurança e firmeza às relações jurídicas, provenientes de atos ou contratos executados por representantes.⁽¹⁷⁵⁾

Os opositores da teoria da aparência consideram-na como um atentado à liberdade de consentimento, forçando-se o verdadeiro titular a respeitar uma operação realizada em seu prejuízo e sem o concurso de sua vontade, mas tal argumento deve ser sopesado com o da maior importância representada pela necessidade de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem.⁽¹⁷⁶⁾

Para o estudo da representação aparente é indispensável a análise das formas de sua expressão no direito alemão, matéria desenvolvida, entre outros, por Ferdinand Brandmair.

Não há disposição legal que, de maneira geral, regule a representação aparente no direito alemão. Doutrina e jurisprudência estabeleceram os seus fundamentos, a partir de normas diferentes sobre tipos particulares de representações aparentes ou de fenômenos análogos e de cláusulas gerais, que valem não só para o direito de representação. Uma observação mais próxima demonstra que as disposições sobre tipos particulares não são suficientes para a constituição da representação aparente geral.

O Código Civil Alemão contém, nos §§ 170/173, preceitos que se podem considerar casos especiais de representação aparente e se prestam diversificadamente como pontos de referência para discussões sobre a representação aparente geral.

Assim, subsiste uma procuração em si extinta: 1) quando a sua outorga se deu por declaração perante o terceiro (§§ 170, 167, inc. 1), até o anúncio da extinção pelo dono dos negócios; 2) quando se entregou ao procurador um instrumento de procuração que foi exibido ao terceiro (§ 172, inc. 1), até a restituição do instrumento ao dono do negócio ou até que se declare a sua invalidação (§ 172, inc. 2); 3) ou surge o poder de representação, independentemente, de uma outorga de procuração juridicamente válida, quando o dono do negócio, por via de uma especial comunicação, deu ciência a um terceiro de que outorgara procuração a outrem (§ 171,

(175) DAVID STITCHKIN BRANOVER, ob. cit., pág. 439.

(176) ARNALDO RIZZARDO, "Teoria da Aparência", artigo publicado em *Ajuris*, volume 24, ano IX, março de 1982, pág. 325.

inc. 1), até que por especial participação, a comunicação seja revogada; 4) quando o dono do negócio cientificou, por anúncio público que ele outorgou procuração a outrem (§ 171, inc. 1), até a cientificação pública da revogação (§ 171, inc. 2).

Os quatro casos diferem uns dos outros em que, primeiramente, o ato de cientificação dos §§ 171, inc. I e 172, inc. 1 se equiparam em seu efeito, a uma outorga de procuração por negócio jurídico segundo o § 167, inc. 1, 2.^a alternativa, e § 170; em segundo lugar, porque no § 172, inc. 2, 1.^a alternativa, ocorre uma ruptura com o efeito de publicidade em que, de outra forma, se escoram os §§ 170-173.⁽¹⁷⁷⁾

a) A concessão voluntária do poder de representação — ao contrário do que sucede com o legal — é, consoante a opinião dominante, um negócio jurídico. Mas isso não se deveria concluir incondicionalmente do teor da lei, porque a palavra, “negócio jurídico,” no § 166, inc. 2.^o, do BGB poderia referir-se também ao negócio-base, por exemplo um encargo, com cuja realização estivesse ligada a outorga de uma procuração. O Código Civil Alemão trata contudo a outorga de procuração como uma declaração que, sem definição de fim, coloca o representante na situação de emitir ou receber declarações de vontade com eficácia direta contra o declarante. Com a só outorga da procuração ocorre — como tipicamente sucede com o negócio jurídico — uma consequência jurídica, mesmo que nenhum efeito ela produza inicialmente ou até que, à falta de uso, jamais venha a produzir efeito.

Todavia, a lei não considera, de maneira consequente, a natureza abstrata que ela mesma confere à outorga de procuração; no § 168, alínea 1.^a, dispõe ela que a extinção da procuração se rege pela relação jurídica subjacente à sua concessão. Extingue-se ela sem especial declaração com a relação-base, isto é automaticamente. Por outro lado, pode entretanto revogar-se sem o término da relação-base (§ 168, alínea 2 do BGB), o que mais uma vez lhe acentua a abstração.

Segundo o § 167, inc. 1 do BGB a outorga de procuração pode ocorrer mediante declaração ao representante (representação interna) ou ao terceiro, perante o qual deve dar-se a representação (representação externa). Para o segundo caso, ou seja, da representação externa, dispõe o § 170 do BGB que a procuração permanece em

(177) FERDINAND BRANDMAIR, “Die Anscheinsvollmacht allgemeinen und ihre Wirkung bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts”, (a procuração aparente em geral e seu efeito junto às pessoas jurídicas de Direito Público). Wurzburg, tese, 1971, tradução particular do Dr. Fabiano Corrêa.

vigor perante o terceiro, até que lhe seja anunciada a extinção. Pelo seu teor, esse preceito apresenta-se contraditório, em si e em relação ao § 173, mas as contradições desfazem-se com a consideração da idéia da aparência de direito.

Do § 170 exsurge que a extinção ali referida já é, no momento do anúncio, um acontecimento pretérito, que, de conseguinte, não se dá apenas com o anúncio. Portanto, no interstício entre a extinção e o anúncio não pode mais a representação estar "em vigor", no sentido de subsistência inalterada.

No § 173 dispõe-se que o terceiro não pode invocar a subsistência do poder de representação, se lhe conhece ou deve conhecer a extinção já pretérita. Se a procuração, em consonância com o sentido verbal do § 170, permanecesse "em vigor" inalteradamente até o anúncio da extinção, não haveria ponto de inserção para a má fé do terceiro. Considera abertamente a lei que a procuração não necessita de revogar-se pelo modo por que foi outorgada.

A representação externa pode ser eficazmente levada à extinção por revogação perante o representante (§ 168, alínea 3.^a cc., § 167, inc. 1), pelo término da relação-base (§ 168, alínea 1.^a) ou por outros motivos. Em tal caso permanece ela em vigor, consoante o § 170, até o anúncio ao terceiro, isto é, ela não subsiste, mas continua a operar até que o aviso chegue ao terceiro. Portanto, no entretempo da extinção ao aviso, não há mais verdadeira representação, mas um poder de representação mercê da aparência, que nos efeitos não difere da genuína representação. De conseguinte, cuida-se de um caso legal de representação aparente.⁽¹⁷⁸⁾

b) Vai mais longe a disciplina dos §§ 171/172 combinados com o § 173 do BGB; ela dá às comunicações de uma outorga de procuração ali expostas o mesmo efeito da genuína representação. Em relação ao § 170, os preceitos dos §§ 171 e 172 são por isso mais problemáticos, porquanto naquele o poder de representação surge, independentemente, da outorga de procuração.

Fundamentalmente subsiste unidade na doutrina e na jurisprudência de que as comunicações são atos constitutivos, ao menos nos casos em que a outorga de procuração científica não ocorreu validamente ou foi supressa retroativamente.

Daí resulta que os §§ 171, inc. 1.^o e 172, inc. 1 valem mesmo quando a outorga da representação não teve lugar ou não o teve validamente, quando desapareceu com efeito retroativo ou sofria limitação a respeito do negócio com o terceiro.

(178) FERDINAND BRANDMAIR, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 6.

Não se percebe ensejo de dar aos atos diversa importância, conforme haja uma outorga de procuração válida ou não. A cientificação opera constitutivamente em ambos os casos e produz o poder de representação que aí repousa, ao lado da representação, ou em seu lugar. Se, na outorga de procuração válida tivera apenas efeito declaratório, deveria este transmudar-se em constitutivo, assim que a procuração se extinguisse, a menos que a revogação da cientificação coincidissem no tempo com a extinção. Isso não faz sentido. A diferença não é, contudo, essencial para as demais conseqüências dos §§ 171/173 do BGB.⁽¹⁷⁹⁾

O aspecto de a procuração aparente não ser um negócio jurídico foi objeto da análise de Ferdinand Brandmair.

É de grande importância saber qual a natureza que se deve atribuir à cientificação, e qual a do poder de representação que dela resulta. Quanto à primeira questão, defendeu Von Thur, citado por Brandmair, a opinião de que se cuidaria de atos assemelhados aos negociais, aos quais seria aplicável, correspondentemente, o direito das declarações de vontade. Isso se aplicaria principalmente no caso de impugnabilidade (anulabilidade), quando o dono do negócio alegasse erro.

Demais, sob esse ponto de vista, dever-se-ia admitir que os atos de cientificação, assemelhados ao negócio jurídico, produzem um poder de representação de valor igual ao da procuração, cujos efeitos só se excluem quando a lei expressamente o prevê, ou seja, nos casos dos §§ 171, inc. 2 e 172, inc. 2 em combinação com o § 173, do BGB. Se a outorga da procuração se desse no momento da cientificação e não antes, o § 173 restaria inaplicável.

A opinião ora dominante vê os atos de cientificação como um comportamento fático do dono do negócio, que cria apenas a aparência de direito de uma procuração. Tal entendimento merece aprovação. O teor da lei não permite uma conclusão clara. Enquanto preceitua nos §§ 171, inc. 2 e 172, inc. 2 que o “poder de representar — seguramente surgido com a cientificação dos §§ 171, inc. 1 e 172, inc. 1 — “subsiste” até eventual revogação da mesma natureza, com o § 173 exclui esse efeito, no caso de o terceiro conhecer ou dever conhecer a extinção do “poder de representar”.

O poder de representar aludido no § 173, só pode ser o que surgiu com a outorga da procuração cientificada. Este, consoante a medida do § 168 do BGB, pode extinguir-se independentemente do que se comunicou, não tendo mais efeito algum em face do ter-

(179) FERDINAND BRANDMAIR, *ob. cit.*, tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 7.

ceiro que o saiba ou que culposamente o ignore. O poder de representar dos §§ 171, inc. 2 e 172, inc. 2 que beneficia o que está de boa fé, ainda repousa, portanto, somente sobre a aparência criada por meio da cientificação. Os atos de cientificação são, desse modo, tão só um comportamento fático, gerador dessa aparência que opera a representação aparente.⁽¹⁸⁰⁾ Não se sujeitam às normas relacionadas com as declarações de vontade e, conseqüentemente, também, às relativas aos defeitos da vontade. Nos casos dos §§ 171, inc. 2 e 172, inc. 2 cuida-se, igualmente, de hipóteses de representação aparente legalmente reguladas.

Tal afirmação arrasta à conseqüência de que deve aplicar-se o § 173 mesmo quando, nos casos dos §§ 171, inc. 1 e 172, inc. 1, falta uma outorga de procuração válida embora o teor do § 173 se restringe aos §§ 171, inc. 2 e 172, inc. 2.

Por uma outra posição apenas o terceiro que conhece a falta de outorga de procuração não deve ser protegido. Isso se baseia na idéia de que a comunicação de uma outorga de procuração, nas formas dos §§ 171, inc. 1 e 172, inc. 2 forma uma base de cunho especial para a aparência de direito que daí resulta. Não se vislumbra, porém, qualquer oportunidade de colocar em situação pior aquele “dono do negócio” que não outorgou procuração alguma ou não a outorgou validamente. Nesse caso deve permitir-se ao juiz interpretar o conceito relativo de negligência, de tal forma que o terceiro não sofra um prejuízo desarrazoado.

No § 172, inc. 2, 1.^a alternativa, do BGB, dispõe-se que o poder de representar, que repousa na entrega e apresentação de um instrumento de procuração, (§ 172, inc. 1 do BGB) não subsiste mais, quando se restitui o instrumento ao outorgante.

Em todos os outros casos dos §§ 170/172 do BGB pode o terceiro confiar em que vigora a outorga de procuração comunicada a ele, até que ele tenha ao menos a possibilidade objetiva, baseada nos limites do que é hábito no intercâmbio jurídico, de tomar conhecimento da revogação do poder de representar, seja por aviso (§ 170), seja por comunicação especial ou por declaração pública (§ 171, inc. 2) ou por declaração (também pública) de invalidade do instrumento de procuração (§ 172, inc. 2, 2.^a alternativa).⁽¹⁸¹⁾

(180) FERDINAND BRANDMAIR, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 8.

(181) FERDINAND BRANDMAIR, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 9.

O poder de representar consoante o § 172, inc. 1 ocorre já, ao ser apresentado ao terceiro o instrumento; se é deixado a sua disposição ou se o representante de novo o toma, não tem qualquer importância. A experiência ensina que as tratativas contratuais muitas vezes se estendem por longo tempo. É imprático e não se pode exigir do terceiro que faça informar-se reiteradamente, durante as tratativas, sobre se a procuração ainda subsiste. Se antes da conclusão do negócio for revogada e se também for devolvido ao dono do negócio o instrumento, sobre isso o terceiro não tem controle algum, quando se parte dos hábitos comuns e exigíveis no giro dos negócios. Perde ele igualmente a proteção do § 172, inc. 2. O legislador, conforme pensa Brandmair, se desapercebeu, ou inconseqüentemente se omitiu em impor ao dono do negócio, nesse caso, o dever de avisar o terceiro. Com isso rompeu-se, no preceito do § 172, inc. 2, 1.^a alternativa, o princípio da proteção da boa fé, consoante os §§ 170-173 do BGB.

Como resultado deve afirmar-se que nos casos do § 170 (de extinção da procuração, até que disso se dê aviso), dos §§ 171, inc. 2 e 172, inc. 2 e dos §§ 171, inc. 1 e 172, inc. 1 (quando não existe ou não existe mais uma outorga de procuração válida) existe apenas uma representação aparente, que contudo, em seu efeito face ao terceiro de boa fé, não fica atrás da genuína representação.

Tal assertiva não justifica, entretanto, a opinião defendida de forma diversa, de que a representação aparente, em geral, poderia constituir-se mediante aplicação análoga das disposições dos §§ 170-173 do BGB. Para tanto apresentam-se os tipos muito estreitos; em todos os casos desses dispositivos, precedeu uma outorga de procuração (válida ou não).

Para a admissão de uma representação aparente, reputa-se hoje, suficiente que o dono do negócio haja criado fatos em si neutros, que simplesmente autorizam a conclusão sobre a existência de uma outorga de procuração. Exige-se apenas que, mediante uma adequada maneira de considerar, tais fatos possam ser vistos como circunstância típica para uma outorga de procuração. Com isso, porém, a representação aparente, em geral, vai além dos tipos dos §§ 170 e 172 do BGB.⁽¹⁸²⁾

Daí pode resultar que:

- 1) a representação aparente geral não pode constituir-se por via da analogia legal dos §§ 170-173 do BGB;

(182) FERDINAND BRANDMAIR, ob. cit., tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 10.

- 2) que contudo o legislador considerou digna de proteção a confiança em tipos externos, também no campo do direito de representação.

Para justificar a representação aparente geral bastariam, proposições jurídicas supraordenadas, especialmente a do § 242 do BGB.

Sem embargo do acima exposto sobre não ser permitida a analogia da lei, a representação aparente geral ganha todavia pontos de apoio nos §§ 170-173 do BGB, especialmente, para a medida de participação do dono do negócio e para a diligência do terceiro.

Do direito do Código Alemão destaca-se, também, eventualmente, o preceito do § 370 do BPB, para o embasamento da representação aparente.

Isso se justifica por tratar-se aqui, de um caso de efeito da aparência de direito; a lei permite que simples fatos, que despertam a aparência de uma relação jurídica, bastam ao ingresso da consequência jurídica, quando a relação jurídica na verdade não existe. Isso vale todavia para numerosas disposições, onde a lei prevê uma proteção da boa fé. O § 370 parece ter maior pertinência com a representação aparente, apenas porque o agir — de resto apenas passivamente — para um terceiro, no mais amplo sentido, se cobre pela posse do recibo.⁽¹⁸³⁾

Não se pode tirar maiores consequências do § 370 que os de aprovação dos efeitos de uma aparência de direito conquanto se refiram a agir para terceiro. De modo especial não parece possível a sua aplicação análoga para justificar a procuração aparente. Isso não resulta já da sistemática classificação do preceito como prescrição de ajuda e garantia no adimplemento de relações obrigacionais; a representação aparente desempenha um importante papel nos negócios de *constituição* das obrigações. Aí se contém ainda particularidades que se opõe à aplicação de um tipo geral.

O recibo deve ser legítimo — isto foi tacitamente pressuposto pelo legislador alemão. Isso vale também, quando a assinatura é legítima, mas o conteúdo do recibo foi falsificado; mas, se o credor deu uma quitação em branco, que o autorizado preencheu indevidamente, deve o devedor ficar protegido, na conformidade do § 370. Dificilmente haverá elementos para tais diferenciações, porquanto, normalmente, é difícil ao devedor saber se há uma falsificação de

(183) FERDINAND BRANDMAIR, *ob. cit.*, tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 10 e 11.

documento em branco ou outra espécie de abuso da assinatura do credor. Por fim, ainda é de cogitar-se também de que nem o conteúdo nem a assinatura são legítimos, mas as demais circunstâncias criam (p. ex. o formulário, o carimbo, o local do ato) uma aparência de direito para o “portador”. Por que, então, situar pior o devedor do que no caso da falsificação de um documento em branco não identificável como tal?

Isso se apresenta como solução prática, quando se exige para o § 370, que o recibo seja inteiramente legítimo. Se for total ou parcialmente ilegítimo, deve-se decidir na conformidade dos princípios gerais da aparência de direito, especialmente de representação aparente, se o devedor prestou liberatoriamente ou não.

No primeiro caso a simples negligência do prestador já pode prejudicar. A lei exige conhecimento positivo apenas em relação às “circunstâncias” que se opõem à admissão de uma autorização. Isso significa que a negligência deve ser consciente, grosseira e simples. Se as circunstâncias são especialmente estranhas, a negligência consciente é também “grosseira”, caso contrário pode ser apenas leve.

No segundo caso (o recibo é total ou parcialmente ilegítimo), deve o devedor poder ser remetido a “circunstâncias” que hajam constituído a aparência de direito da autorização. Também aqui deverá considerar-se a negligência simples como prejudicial, como de regra sucede no caso de efeito da aparência de direito. ⁽¹⁸⁴⁾

Finalmente, busca a opinião aqui defendida, uma inversão do ônus da prova, que tem lugar, quando o recibo não é legítimo ou não o é inteiramente.

Na verdade, o § 370 regula um caso de efeito da aparência de direito, de resto com a estrita consequência de uma ficção, que se pode aceitar, quando se pressupõe a total legitimidade do recibo.

CAPÍTULO VII

PRESSUPOSTOS DA REPRESENTAÇÃO APARENTE

São três os elementos constitutivos da representação aparente (*élément caché, élément visible e élément psychologique*) os quais existem nas duas hipóteses de representação aparente a saber:

(184) FERDINAND BRANDMAIR, *ob cit.*, tradução particular do Dr. Luiz Fabiano Corrêa, fls. 11 e 12.