

Contribuição à Teoria da Representação Jurídica

ALBERTINO DANIEL DE MELO

SUMARIO: 1. Delineamento institucional da representação; 1.1. Item introdutório; 1.2. Poderes representativos; 1.3. Necessidade de se ater aos poderes instituídos; 1.4. A instituição de poderes representativos por vontade particular — 2. Relacionamento da representação em Direito Civil; 2.1. Item introdutório; 2.2. Problemática representativa de pessoa coletiva; 2.3. Representação, Mandato e outras formas de colaboração em negócios de outrem — 3. A representação em projeto brasileiro e precedentes históricos; 3.1. Item introdutório; 3.2. Contribuição romanística à teoria da representação; 3.3. Disciplina da representação no Código Civil Brasileiro; 3.4. Sistemática da representação no projeto de Código Civil Brasileiro — 4. Conclusão.

1. DELINEAMENTO INSTITUCIONAL DA REPRESENTAÇÃO

1.1. *Item introdutório*

Entre as teorias modernas do Direito, compondendo seu foro de generalidade mais abstrata e com repercussão em recentes codificações, encontra-se a da representação. Pode a representação ser vista na prática de ato jurídico que alguém faça no lugar de outrem, para na esfera desse outrem se produzirem

os respectivos efeitos.¹ Uma fórmula “quis pro quo” resume a essência fenomenológica da representação jurídica: seu substrato material — o representante e o representado — bem como seu elemento intencional; e afasta realidades compreensíveis nestoutra “x pro y”. Na infinita largueza desta expressão, mas não nas intenções deste trabalho, caberia falar de toda sorte de substituições e compensações, tanto naturais quanto jurídicas, políticas e econômicas, morais e psicológicas, até mesmo da identidade ontológica ou valorativa dos seres ($x = y$). Afastam-se, por outro lado, pretensões de examinar a aplicação prática da disciplina da representação, ou aspectos seus diferenciadores nas áreas de Direito Público e de Direito Privado. Em Direito Privado está, sem contestação possível, a “sedes materiae” da sua disciplina fundamental. Quanto à sua projeção setorial, vale mencionar a existência de certos horizontes do Direito, onde paira discordância sobre a classificação das matérias em Direito Público ou Direito Privado, para lembrar que, aí, a representatividade é duvidosa, ou sujeita a discussão. Alguns exemplos ilustram este lance: 1º) associações sindicais têm prerrogativa legal de representar os seus associados perante as autoridades civis e judiciais; 2º) semelhantemente, as entidades protetoras dos direitos autorais são representantes legais dos seus associados; 3º) segundo alguns, o Juiz representa legalmente o devedor no ato de alienar o bem sobre que recaia execução (em outros termos, a adjudicação, nos casos de execução, seria uma venda judicial); 4º) também propõem uns autores que o tabelião seja considerado representante legal dos que lhe fazem declarações a serem reproduzidas nos escritos públicos.

1. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. «Teoria Geral do Direito Civil». Coimbra Ed. Ltda., 1976, págs. 410-411. Conceito menos amplo a doutrina portuguesa infere dos termos do art. 258 do Novo Código Civil Português, incluindo na caracterização do fato representativo uma «contemplatio domini», isto é, a ligação intencional reconhecível do negócio ao nome do «dono», o que importa em excluir negócios feitos no interesse e «na conta» do dono — além do interesse do agente direto — mas no próprio nome do agente direto. A mesma orientação consta no Cód. Civil Alemão, § 164; primeira e segunda alíneas.

1.2. *Poderes representativos*

A juridicidade da representação requer, por um lado, poder para agir por outra pessoa, de modo a que o ato vincule e beneficie o representado; e além disso, a atribuição dos efeitos ao representado, como se fora este o agente direto. O poder de representação é instituído por lei ou por vontade particular, configurando dois aspectos distintos: um, de representatividade necessária, outro, de representatividade voluntária, convencional. Pelo primeiro aspecto liga-se essa teoria, intimamente, à da capacidade das pessoas; pelo outro lado, à do mandato.² Os poderes do representante legal caracterizam-se como poderes-deveres ou poderes funcionais; aliás, em matéria de representação legal, só se considera interesse econômico na parte representada. Quanto à representação voluntária, pode ter lugar por força de uma procuração "in rem suam" — quando admitida em lei, o que é visto com reservas em direito moderno: v. infra, n. 11 — caso em que os poderes representativos são conferidos no interesse do que os recebe (procurador).³

2. MONTEIRO, Washington de Barros. «Curso de Direito Civil». *Obrigações*, II. Ed. Saraiva, 2ª, 1959, São Paulo, pág. 306. «Espécie de poder legal presumivelmente querido pelo «dominus» verifica-se numa figura de gestão de negócios alheios, tal como a concebe o Cód. Civil Brasileiro: «Art. 1.331 — Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono...». Com base nesse dispositivo erige-se, em doutrina, para poder-se julgar que uma pessoa estava autorizada por lei a intervir em negócio alheio, que prove motivação fundada em necessidade imperiosa do momento da intervenção ou em utilidade para o «dominus»; «necessidade ou utilidade que é a própria razão de ser do instituto».

3. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. cit., pág. 411. «O interesse do representante encontra-se conjugado com o do representado em situações denominadas de comissão. Nem sempre é fácil reconhecer, na prática, em nome de quem o representante realizou o negócio que envolve ao mesmo tempo o interesse seu e o do representado. Por isso dispõe o Cód. Civil Alemão, no § 164, alínea 3ª: «Se não se manifestar reconhecivelmente, a vontade de proceder em nome alheio, não será tomada

1.3. *Necessidade de se ater aos poderes instituídos*

Os atos praticados por alguém que se pretenda representante, sem contudo ter poderes representativos (seja por falta total ou com excedência de poderes instituídos) devem ser considerados ineficazes em relação à pessoa “representada”, salvo se esta os ratificar. Não se confunde a ineficácia com a anulabilidade que resulte de lei para negócios que o “representante” venha a celebrar em seu próprio nome, embora no interesse e na conta de outrem; e para os negócios que alguém celebre como representante de ambas suas partes. Pela ineficácia, o que vier a acionar o negócio contra o pretenso representado pode ser julgado carecedor de ação; anulabilidade implica em poder-se declarar improcedência da ação judicial, em consequência de outra declaração — anulatória — no caso de não existir, ainda, sentença de anulação em ação própria.⁴ Por último, concebe-se um abuso de representação consistindo em agir o representante dentro dos limites formais dos poderes recebidos, mas de modo substancialmente contrário aos fins da representação. Nos casos dessa semelhança, tanto quanto naqueles de atuação representativa sem poder específico ou

em consideração a falta de vontade de proceder no próprio nome». A esse respeito o Cód. Civil Português — arts. 1180º e segs. — fazendo inovação sobre o antigo código, trata de um «mandato sem representação», como espécie análoga à comissão mercantil. Assim fazendo, o código realça, ainda mais, o seu propósito de resguardar o conceito mais restrito de representação.

4. A anulabilidade deve, contudo, ser excluída, nos casos em que pela natureza do negócio não seja possível constatar conflito de interesses, «v. g.», compra e venda de produtos tabelados ou com preço de venda anunciado para o público, compra e venda em cumprimento de contrato-promessa anterior, etc., pois, nessa hipótese, desaparece a «ratio» da proibição do chamado negócio consigo mesmo. Equacionando negócio consigo mesmo nas suas manifestações possíveis, tome-se como exemplo a compra e venda: 1º) A, «representante» de B, compra em seu próprio nome objeto que vende em nome de B; 2º) A, atua em nome de um vendedor B e em nome do comprador C.

com excedência de poder, a eficácia em relação ao representado deve depender de ratificação.⁵

1.4. *A instituição de poderes representativos por vontade particular*

Na própria declaração de vontade, pela qual uma pessoa institui poderes representativos — seja a instituição “ex ante” ou “ex post facta” — pode-se ver concretizada a idéia de representação. Mas, nessa perspectiva, há de se considerar uma juridicidade a ser ditada pelas exigências formais que se façam para os negócios independentemente da intermediação representativa,⁶ e também uma juridicidade substancial, coordenada com a capacidade ou habilitação para instituir e para exercer poderes representativos, e com a inexistência de impedimento para celebração de certos negócios mediante representação voluntária.

2. RELACIONAMENTO DA REPRESENTAÇÃO EM DIREITO CIVIL

2.1. *Item introdutório*

Fala-se de representação nos diversos setores do Direito Civil,⁷ seja por causa de envolvimento de seu conceito ou de sua disciplina, seja por necessidade de a distinguir de outras instituições e conceitos. Alinham-se alguns destaques: 1º) os incapazes recebem provimento legal de representação; discute-se a respeito de certos organismos associativos — pessoas cole-

5. A solução, consagrada pelo Cód. Civil Português, art. 269º, combinado com art. 268º, n. 1, constitui um coroamento da idéia de poderes representativos.

6. V. Cód. Civil Português, arts. 268º, n. 2, e 262º, n. 2.

7. BORGES, João Eunápio. «Curso de Direito Comercial Terrestre». Vol. I, Ed. Forense, 1959, RJ, págs. 77-114. Compreenda-se a expressão em sua acepção mais vasta de Direito Comum, como quer um vigoroso movimento de unificação jus-privatista.

tivas — sobre se têm, ou não, capacidade jurídica de fato: chegando-se à afirmação ou à negação dessa capacidade, conforme se considerem as pessoas físicas que por elas atuam como verdadeiros órgãos ou como representantes; 2º) a ligação entre representação e mandato, sob o aspecto de instituição de poderes e atribuição dos efeitos dos negócios jurídicos em nome de outrem provoca equívocos a respeito das duas figuras; a confusão atinge uma espécie de nunciatura, além de certas formas de colaboração material ou técnica; 3º) envolve representação a espécie contratual de “comissão”; outro tanto, a gestão de negócio alheio;⁸ 4) consideram alguns autores a representatividade em atos econômicos, como fundamento de obrigação reparatória em face de terceiros, por prejuízos causados na atividade que alguém exerça em nome e por conta de outrem.⁹

2.2. *Problemática representativa de pessoa coletiva*

Contemplando-se uma capacidade natural relativa — em composição jurídica com incapacidade parcial —, concebe-se o “representante” legal do relativamente incapaz como simples assistente. Mas, a questão da capacidade ou representatividade das chamadas pessoas coletivas coloca-se em termos absolutos, conceituais. É certo que entidades tais não podem agir a não ser por intermédio de pessoas físicas, singulares ou reunidas colegialmente, investidas de poderes para exercício de direitos àquelas pertencentes; em razão dos poderes, os atos projetarão sua eficácia na esfera jurídica dos entes coletivos. Daí, alguns autores concluem estarem privadas, em todos os casos, de capacidade para exercício de direitos. Outros fazem ressalva quanto à natureza do vínculo entre a pessoa coletiva e aquelas pessoas físicas que em nome e no interesse delas procedem.

8. MONTEIRO, Washington de Barros. «Op. cit.».

9. MAZEAUD, H. e L. «Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle». T. I; 4.ª éd., Lib. Sirey, 22, Rue Soufflot, pág. 856, ns. 934-935.

Assim, os “órgãos” que têm poderes de decisão e comando, ou que têm participação nos fins da entidade mediante remuneração proporcional aos lucros (assembléia geral, conselho administrativo, diretores, administradores delegados, gerentes, etc.) por verdadeiros órgãos devem-se ter; aqueles, porém, que exercem atividade econômica com subordinação, embora em nome e no interesse da pessoa coletiva, e sem participação regular nos seus fins, seriam simples representantes?

A respeito dos primeiros, perfeitamente admissível a capacidade da pessoa coletiva, para exercício de direitos; quanto aos outros — os subordinados — não é tranqüila a representatividade simples nem a organicidade. Questão de relevância política, como aliás aquela de personificar juridicamente organismos sociais além do Estado, foge ao âmbito deste trabalho. Quanto à comissão, pode entender-se como gênero com duas espécies: uma comissão negocial, sem subordinação, outra econômica, a que é inerente a subordinação. Enquanto a primeira baseia-se em contrato específico e realiza-se na celebração de outro ato jurídico, a segunda fundamenta-se em contrato de trabalho ou de prestação de serviços e concretiza-se em atividade econômica. Esta segunda envolve necessariamente não só o interesse mas também o nome do comitente, em razão mesmo da subordinação que encerra: daí o admitir-se que o comitente seja responsabilizado para com terceiros prejudicados por delitos do “representante”, denominado preposto. A questão de fundamentar-se a obrigação reparatória numa idéia de substituição representativa é que constitui ponto controvertido. Os próprios autores dessa doutrina hesitaram em sustentá-la. Hoje, sua teoria encontra apoio no Cód. civ. português, cujos artigos 500º e 165º combinados tratam da responsabilidade do representado-comitente. Os pressupostos dessa responsabilidade, apresentados pelo jurista Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁰ levam crise àquela

10. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. cit., págs. 206 a 209.

artificialiosa construção da doutrina francesa.¹¹ Sobre a comissão negocial, o situá-la nos quadros da representação jurídica implica em maior ou menor amplitude conceitual desta figura: cada falar de responsabilidade civil contratual para o representante que descumprir as obrigações nascidas do negócio celebrado pelo representante, mas não — em princípio — de responsabilidade por delitos deste, verificados no mecanismo representativo.

2.3. *Representação, mandato e outras formas de colaboração em negócios de outrem*

Onde quer que se conceitui a representação com vinculação ao nome da pessoa instituidora dos poderes — “contemplatio domini” — como é o caso do Direito português, pode-se falar de mandato sem representação, para os casos de instituição de poderes em comissão negocial civil ou comercial, além da possibilidade inversa, de representação sem mandato. Em face do Cód. civil brasileiro, carente de teoria geral da representação, e das legislações que adotem conceito mais amplo de representação não é possível falar de mandato sem representação. Representação sem mandato é não só aquela instituída por lei mas também a que está implicada em contratos de administração sem subordinação ou de prestação de serviços gerais sem subordinação específica. No que tange ao ato de instituir poderes representativos jurídicos, os mecanismos de mandato e comissão têm como denominador comum o instrumento procuratório, a que se contrapõe a ratificação nos casos de representação sem poderes previamente estabelecidos ou com excesso de poderes. A instituição legal de

11. Crise, aliás, equacionada por nós em «A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem nos Direitos Francês e Brasileiro», Ed. Forense, 1972, Rio, não só na introdução da obra mas em diversos tópicos do seu desenvolvimento; e em artigo publicado pela mesma editora, em 1977, vol. 258 da Revista Forense e pela Revista da Faculdade de Direito — UFMG, vol. de maio/1977, págs. 331 a 340: «Estudo sobre o Fundamento da Responsabilidade Civil».

poderes para intervir em negócios alheios sem procuração do “dominus”, eis outro aspecto da afirmação de que é possível representação sem mandato: na prática, difícil será, por vezes, caracterizar a “gestão” ou um mandato tácito.

Já que representante pode ser alguém sem poder previamente estabelecido por vontade do dono do negócio, facilmente distingue-se representação de nunciatura, porquanto esta só se configura em função da vontade particular declarada ex-ante. Também distinguem-se representação e nunciatura sob aspecto disciplinar: 1º) o representante convencional que, segundo a melhor doutrina, não precisa de ter plena capacidade para exercício de direitos (v. infra, n. 12, e nota 22), carece da capacidade natural de entendimento e volição exigida pela natureza do negócio a celebrar,¹² enquanto ao nuncio basta ter capacidade natural para transmitir a declaração de vontade; 2º) se o representante excede os poderes recebidos, o negócio deve-se considerar ineficaz em relação ao representado,¹³ salva a hipótese de ratificação e aquela em que se caracterizar gestão de negócios com os requisitos de atendimento ao interesse e à vontade presumível do seu dono — Cód. civil brasileiro, art. 1.331, v. supra, nota 2 —; se o nuncio transmitir a sua declaração inexatamente, o “dominus” poderá ficar vinculado nos termos da declaração emitida, ressalvando-se anulabilidade para os casos de erro na transmissão da declaração.¹⁴ Formas de colaboração material ou técnica se caracterizam ora como substituição ora como simples ajuda a devedor contratual, mas sempre consistindo em “atos materiais”, a que se contrapõem os “atos negociais” (podem os atos materiais constar de operação intelectual). Sobre classificar-se a colaboração material ou técnica nos quadros da representação ou da organicidade, já se sabe da intranqüilidade que a questão apresenta.

12. Cód. Civil Português, art. 263º.

13. Cód. Civil Português, art. 268º.

14. Cód. Civil Português, art. 250º.

3. A REPRESENTAÇÃO EM PROJETO BRASILEIRO E PRECEDENTES HISTÓRICOS

3.1. *Item introdutório*

Na trilha dos direitos português e alemão, vem ultimamente um Anteprojeto de código civil brasileiro, publicado pelo Ministério da Justiça (ano 1972), elaborado e revisto por Miguel Reale e outros juristas, contendo uma teoria da representação, precisamente na Parte Geral. Pequena é a inspiração colhida do Direito romano para esse empreendimento; o mesmo se deve dizer a respeito do Cód. civil brasileiro, pelo menos quanto à organização lógica da matéria.

3.2. *Contribuição romanística à teoria da representação*

Não podia o Direito romano, com seu caráter personalista, admitir, em princípio, que os efeitos de um ato pudessem ser objetivamente atribuídos a pessoa diferente do agente direto.¹⁵ Admitia-se entretanto que pessoas dependentes — “alieni juris” — interviessem nos atos juntamente com os respectivos chefes — “sui juris” — e, para satisfazer às necessidades do comércio, o pretor sancionava atos de representantes, contra os representados, mesmo fora de família.¹⁶ Da injunção de dependentes em negócios do chefe tem-se como certo, pelo menos a respeito do “filius” — categoria de “alieni juris” — que as ações nascidas dos contratos podiam ser dirigidas diretamente contra ele, além de o poderem ser contra o “pater”. Por isso se diz que a representação, nesse caso, era imperfeita. A representação fora de família era sempre imperfeita. A terminologia romana, sem permanência das velhas construções, tem servido ainda hoje. Perfeita só se diz a representação que realiza a incidência dos efeitos do ato

15. GIFFARD, A.E. «Droit Romain et Ancien Droit Français». Obligations, éd. 1958, Dalloz, Paris, pág. 197, n° 291.

16. GIFFARD, A.E. Op. cit., pág. 198 a 201.

diretamente no representado, com exclusão do representante. Nos demais casos a representação se diz imperfeita. A “procuratio in rem suam” que hoje se caracteriza como instrumento de representação imperfeita, em razão do envolvimento do nome do representante,¹⁷ tem sua origem no Direito romano. Implicava transferência do direito de ação, do mandante para o mandatário, contra terceiro-devedor: o mandatário agia em nome do mandante, sem dependência de prévio acordo do devedor para a cessão do crédito. A cessão era proibida em princípio: a “procuratio in rem suam” era um expediente prático, destinado a contornar o princípio da intransmissibilidade.¹⁸ Em direito moderno geralmente não se reconhece efeito translativo à cláusula “in rem suam”, da esfera jurídica do mandante para a do mandatário.¹⁹ Aliás, disso não carecem as novas construções, baseadas em orientação oposta à do Direito romano, no princípio de transmissibilidade, francamente admitido a par com a crescente despersonalização do direito.²⁰

17. Também pode-se dizer imperfeita a representação quando uma única pessoa recebe poderes de ambas as partes de um negócio a se realizar e o realiza em nome de cada uma delas — v. supra, nota 4.

18. GIFFARD, A.E. Op. cit., pág. 327, nº 462.

19. MENDONÇA, M.I. Carvalho de. Op. cit., pág. 208, nº 95.

20. Código Civil Português, art. 413º. Tanto a representação perfeita quanto a imperfeita distinguem-se de duas formas modernas de contratos — contrato para pessoa a nomear e contrato em favor de terceiro. A primeira espécie, de que não cuida o Cód. civil brasileiro, mas encontra-se em projeto de cód. civil do Brasil e no Cód. civil português, faz nascer direitos e obrigações apropriados pela pessoa nomeada; e, não sendo feita a declaração de nomeação nos termos legais, o contrato produz os seus efeitos relativamente ao contraente originário — Cód. civil português, art. 455º combinado com o art. 453º. No contrato a favor de terceiro — espécies de seguros e assunção de dívidas — com disciplina uniforme constante do Cód. civil brasileiro sob a denominação de «estipulação em favor de terceiros» —, estabelece vínculos jurídicos entre o promissário e o promitente, além do direito adquirido pelo terceiro em favor de quem foi convenciona a promessa, ou dos efeitos favoráveis a este.

3.3. *Disciplina da representação no código civil brasileiro*

Por sua vez o Cód. civil brasileiro tratou de representação, porém o fez de modo esparso e confuso, além de deficiente. Sem unidade desejável para uma instituição implicada com várias outras, estendendo-se aos diversos setores do direito, o código traz a representação em conjunto com o mandato, facilitando os equívocos que rondam essas figuras. Em sua Parte Geral, cuidou de excluir a responsabilidade por dolo do representante, de conformidade com o aforisma "de persona ad personam non fit dolus", salvo se se constatar proveito para o primeiro (art. 96). Aliás, a responsabilidade civil não exclui a criminal, para o representado, caso tenha este participado da atividade dolosa, além da participação nos resultados; se o dolo verificado na celebração de atos com representação for substancial, a responsabilidade não exclui a anulabilidade. Afora o disposto no art. 96, a Parte Geral trata de representação apenas sob o aspecto de necessidade, com relação aos incapazes. Destaque-se a disposição do art. 145, nº I, estabelecendo nulidade absoluta para qualquer ato em que figure como agente direto, seja parte interessada ou representante, pessoa absolutamente incapaz. À parte a sugestão que daí se infere de não se considerar a representação nos negócios celebrados em nome do agente direto e por conta de outrem, poder-se-ia pensar em anulabilidade para os casos de intermediação representativa de um relativamente incapaz. Contudo, o Código não seguiu tal pensamento, ou, pelo menos, ao estabelecer anulabilidade no art. 147, não a estendeu expressamente à hipótese em foco. Por outro lado, já na disciplina do mandato admite como mandatários pessoas relativamente incapazes (com dezesseis anos de idade) acrescentando que não devem ser prejudicados os terceiros co-agentes com o mandatário, pela revogação do mandato, quando o mandante reconhecer incapacidade real dele para exercer os poderes conferidos (art. 1.298). A permissão legal dividiu a doutrina. Combatida por Clóvis Bevilacqua e aceita por

Washington de Barros, cada orientação conta com apoio de outros autores, nacionais e estrangeiros.²¹

3.4. *Sistemática da representação no projeto de Código Civil Brasileiro*

O anteprojeto brasileiro não define representação; mas, na sua construção unificadora deixa caminho para conceito mais amplo. Sua idéia central é a de instituição de poderes — legal ou convencional — (art. 114), sem exigência de que os poderes conferidos sejam exercidos em nome do seu instituidor. Uma vez que se atenha o representante nos limites dos poderes recebidos, os negócios que celebrar como representante (art. 115) produzirão efeitos em relação ao representado. Já no art. 116, o anteprojeto admite “negócio consigo mesmo”, estabelecendo anulabilidade para os casos de negócios não fundamentados em permissão de lei ou do representado. A disposição contempla a possibilidade de conflito de interesses. Aliás, a salvaguarda dos interesses do representado e dos terceiros que venham a celebrar negócios com o representante é uma idéia posta em destaque em toda a disciplina da representação. É consectária da idéia de instituição de poderes representativos. Nesse enfoque calham bem os arts. 117 a 119. Este último estabelece a mesma sanção — anulabilidade — hipotizando expressamente o conflito de interesses de que tenha ou deva ter conhecimento a outra parte. A disposição do art. 117 é calcada em seu símile da atual disciplina comum do mandato (art. 1.305 do Cód. civil brasileiro): “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”. Quanto ao art. 118 impondo,

21. BEVILAQUA, Clóvis. «Comentários ao Cód. civil brasileiro». Ed. Paulo de Azevedo, 10ª, 1957, Rio de Janeiro, pág. 35; MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., pág. 298; CARBONNIER, Jean. «Droit Civil», T. II, Presses Universitaires de France, 5.ª, 1967, pág. 459, nº 136.

para validade do ato concluído pelo representante, “que o mesmo não seja vedado ao representado”, refere-se às hipóteses de incapacidade relativa e de falta de habilitação na pessoa deste. Finalmente, uma vez admitido o conceito amplo de representação, integra-se na sistemática do anteprojeto a categoria contratual de comissão, aí tratada, aliás, num louvável esforço de unificação do Direito Privado; na mesma teoria ficam unificadas as figuras do mandato e da gestão de negócios alheios.

4. CONCLUSÃO

A instituição da representação como teoria geral, que “prima facie” poderia parecer inócua, já agora apresenta-se com substanciais conveniências: 1º) unificando figuras que de outro modo ficariam “soltas” ou apenas mal anexadas na teoria dos contratos; 2º) facilitando distinções de conceitos e de várias figuras que têm gerado equívocos, com a consequência de dificultar a aplicação do direito; 3º) a adoção do conceito mais amplo de representação atrai para a sua teoria a comissão e presta-se grandemente à formação de um Direito Comum — civil e comercial, ou simplesmente “civil”, considerada esta palavra no sentido unificador do Direito Privado —, como aliás, faz o anteprojeto de código civil brasileiro.

Denominador comum de todas as espécies de representação convencional é a instituição de poderes mediante um instrumento procuratório. Não é a natureza da representação, e sim a do negócio a se fazer pelo expediente representativo, o que impõe requisitos formais a respeito da procuração. Admite-se assim a possibilidade de instituição verbal de poderes representativos.²²

22. Sobre dificuldades práticas resultantes da confusão entre representação e mandato, pode-se chegar a posicionamentos insustentáveis como este de exigir instrumento público para representação judicial de absolutamente incapaz. Tal orientação, em Minas Gerais, tornou-se persistente, quase unânime e notória por parte do Ministério Público. Não podendo os absolutamente incapazes outorgar poder a quem quer que

Não só a disciplina dos requisitos como a dos efeitos da representação devem ter sua sede fora da disciplina fundamental como, aliás, determina o art. 120 do anteprojeto. Todavia, na teoria geral deve ter lugar uma espécie de procuração em termos gerais, que impropriamente tem sido chamada de mandato em termos gerais e impropriamente tratada na disciplina do mandato, como faz o Cód. civil brasileiro. Seria uma representação sem mandato, na sistemática do Cód. civil português — v. supra, nota 3 —. Ora, para maior clareza seria de todo conveniente inserir, na instituição geral da representação, disposição paralela àquela contida no art. 118 do anteprojeto, exigindo, para validade do ato concluído pelo representante "... que o mesmo não lhe seja vedado

seja — nem mesmo por instrumento público —, sua representação para outorgar mandato «ad judicium» é uma instituição feita por lei, não por mandato; por outro lado, o representante legal há de ser plenamente capaz e, sendo assim, não se lhe pode exigir instrumento público para constituir mandatário judicial. A exigência seria cabível somente para o representante parcialmente capaz, com incapacidade relativa. Desarrastado seria pensar que o oficial público de notas iria cuidar melhor dos interesses do absolutamente incapaz do que o seu representante legal; semelhante raciocínio lançaria dúvida sobre a própria tarefa do Juiz, e do Ministério Público, de supervisionar os interesses dos incapazes. Uma lei nº 6.248, de 1975, dispensando mandato escrito para representação judicial das pessoas amparadas por entidades de Direito Público incumbidas de prestar assistência judiciária gratuita, não conseguiu arredar a orientação ora criticada. Transparece no texto, como uma de suas «rationes legis», propósito de facilitar as tarefas para os economicamente necessitados. Aliás, a mencionada lei suscitou controvérsia sobre a sua exata área de incidência, e não só no que diz respeito à representação judicial dos absolutamente incapazes economicamente necessitados. Se, por um lado, a dispensa legal pressupõe que o interessado se apresente em Juízo por advogado integrante de entidade de Direito Público incumbida de assistência judiciária gratuita, por outro lado, não depende de que a gratuidade *do processo* seja concedida pelo Juiz. Finalmente, e seguindo-se o espírito da Lei nº 6.248, que é o mesmo da Lei nº 1.060, de 1950, a que aquela introduz a disposição em foco, a dispensa deve se estender aos casos de assistência prestada por estabelecimentos públicos de ensino superior de Direito, mediante órgãos de assistência judiciária gratuita, independentemente de que esses serviços tenham organicidade autônoma em relação àqueles estabelecimentos, com lei orgânica própria.

pelo representado e que, para o mesmo não seja exigida por lei outorga expressa e específica de poderes”. Disposição como essa atenderia à possibilidade de representação sem mandato ou do chamado mandato com termos gerais.

Característica dessa espécie seria a inviabilidade de uma fórmula única, absoluta, para determinar a administração geral de interesses, objeto dos poderes representativos. Assim, as fórmulas como “... poderes para administração em geral” encerram poderes para os atos para os quais o direito não imponha outorga de poderes especiais.