

DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

DA REPRESENTAÇÃO SEM PODERES

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Synara Rodrigues Filgueiras

Orientador: Professor Doutor António Alfredo Mendes

Número da candidata: 30004133

Outubro de 2023

Lisboa

“Para resistir, é preciso que a resistência seja como o poder. Tão inventiva, tão móvel, tão produtiva quanto ele. Que, como ele, venha de “baixo” e se distribua estrategicamente” (FOUCAULT, Michel).

A presente dissertação recebeu energias e incentivos valiosos.

Escrevo sobre poderes e a importância do seu nascimento, sua criação, movimentos e repercussões.

Cada página foi escrita com realidades fáticas e de direito já que sou mãe do Victor Augusto que está ao meu lado em cada movimento diário e do Heitor que me ilumina de onde estiver e me ensinou o quanto adaptar é o maior poder do mundo.

RESUMO

Pesquisar a criação e aplicação das redações técnicas que através do instrumento de um mandato concede poderes a terceiros para praticar determinada transação pode parecer um tema simples ou algo sem necessidade de qualquer análise aprofundada mas estamos diante de uma matéria não só importante como necessária e capaz de resolver determinada situação ou anular atos que deixaram de observar os poderes necessários quando de seu efetivo exercício. Por essa razão também será avaliada toda administração dos negócios com o respectivo dirigente atuando como preposto sem a devida investidura de poderes. Considerando o propósito da tese será apresentado um estudo comparativo das elaborações e tramitações dos instrumentos de mandato em ambos ordenamentos jurídicos (Brasil e Portugal). Sabemos que as normas são constantes e objetivas para devida aplicação pelos operadores do direito e estamos diante de um assunto onde as normas são delimitadas pelas partes tornando assim regras, imposições e textos legais a serem fielmente cumpridos por quem elaborar o instrumento de mandato. Reconhecer as formas de cooperação jurídica caracterizadas pela intervenção de terceiros e validar os atos de acordo com tudo o que restou indicado como devidos poderes no exercício daquela diligência é o que será fartamente abordado e destacado ao longo dessa dissertação. Um dos pontos mais interessantes é a interpretação com caráter normativo a respeito da extensão das normas. Avaliar o alcance de uma norma jurídica é tarefa árdua. Há dispositivos legais nítidos, cristalinos e entendíveis com uma simples leitura contudo o trabalho intelectual se faz necessário na interpretação do profissional quando ele irá aplicá-la. Diante de sua importância, a presente pesquisa analisará também a estrutura e aplicação das delegações em ambos países. A relevância social e jurídica do tema assumiu tamanho protagonismo resultado da própria estrutura social. É cediço que desde a antiguidade romana a administração dos negócios era relacionada a um contrato e por essa razão não ter os poderes delimitados, expressos e devidamente descritos pode representar várias anulações e muitos atos invalidados. A pesquisa em tela apresenta um paralelo sobre a evolução e os problemas enfrentados na prática dos mandatos com enfoque na proteção dos direitos fundamentais. O debate sobre a formalização, inconstâncias e competência na aplicação das representações no ordenamento jurídico português e brasileiro enriquecerão o presente estudo.

Palavras-Chave: Procuração sem poderes – Mandato – Intervenção – Terceiros – Regularidade – Validade dos Atos e Gestão.

ABSTRACT

Researching the creation and application of technical drafts that through the instrument of a mandate grants powers to third parties to carry out an act or business may seem a simple topic or something without the need for any in-depth analysis, but we are facing a matter not only important but necessary and capable of resolving a certain situation or annulling acts that failed to observe the necessary powers when their effective exercise. For this reason will also be treated the management of business with the respective manager acting as representative without the proper investiture of powers. Considering the purpose of the thesis, a comparative study of the elaboration and processing of the mandate instruments in both legal systems (Brazil and Portugal) will be presented. We know that the rules are constant and objective for proper application by the operators of the law and we are facing a matter where the norms are delimited by the parties, thus making rules, impositions and legal texts to be faithfully complied with by those who elaborate the instrument of mandate. Recognizing the forms of legal cooperation characterized by the intervention of third parties and validating the acts according to all that remained indicated as due powers in the exercise of that diligence is what will be extensively addressed and highlighted throughout this dissertation. One of the most interesting points is the normative interpretation of the extent of the norms. Assessing the scope of a legal rule is an arduous task. There are clear, crystalline and understandable legal devices with a simple reading, however, the intellectual work is necessary in the interpretation of the professional, when he will apply it. Given its importance, this research will also analyze the structure and application of delegations in both countries. The social and legal relevance of the theme assumed such protagonism as a result of the social structure itself. It is conceded that since Roman law the management of business was treated similar to a contract and for this reason not having the powers delimited, expressed and properly described can represent several annulments and many acts invalidated. The research in question presents a parallel on the evolution and the problems faced in the practice of mandates with a focus on the protection of fundamental rights. The debate on the formalization, inconstancies and competence in the application of representations in the Portuguese and Brazilian legal system will enrich this study.

Keywords: Power of attorney without powers – Mandate – Intervention – Third parties – Regularity – Validity of Acts and Management.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I – DA ORIGEM HISTÓRICA DO MANDATO.....	12
II – DA ASCENDÊNCIA HISTÓRICA DA PROCURAÇÃO	14
III – DAS DISTINÇÕES ENTRE MANDATO E PROCURAÇÃO	16
IV – DO MANDATO NA SUA INTEGRALIDADE (COM E SEM REPRESENTAÇÃO).....	18
V – DA LEI DO MAIOR ACOMPANHADO E A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO DOS PODERES.....	23
VI – DOS INSTRUMENTOS DA REPRESENTAÇÃO	26
VII – DA IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO	33
VIII – DA INTERPRETAÇÃO COM CARÁTER NORMATIVO	36
IX – DA GESTÃO DE NEGÓCIOS ALHEIOS.....	39
X – DA INTERNAÇÃO DE FAMILIAR EM HOSPITAL.....	42
XI – DA RATIFICAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS.....	43
XII – DA RESPONSABILIDADE DO REPRESENTANTE E SEUS EFEITOS	45
XIII – DA SÚMULA BRASILEIRA 115 DO STJ (AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO NOS AUTOS).....	49
XIV – DA TEORIA DA APARÊNCIA	51
XV – DO ADVENTO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A VIDA DOS NEGÓCIOS	54
XVI – DA COMPREENSÃO DO DIREITO, DA COERÇÃO E DA MORAL ...	58
XVII – DOS PODERES REPRESENTATIVOS.....	61
XVIII – DA ATUAÇÃO COM EXCESSO DE PODERES.....	64
XIX – DA AUTONOMIA DA VONTADE	66
XX – DO PRINCÍPIO DA ATRAÇÃO DA FORMA NO BRASIL E EM PORTUGAL	70
XXI – DO PODER DA AUTODETERMINAÇÃO.....	73

XXII – DA CAPACIDADE PARA CONSENTIR.....	76
XXIII – DA ESSÊNCIA DO DIREITO	78
XXIV – DA VEDAÇÃO AO NEGÓCIO CONSIGO MESMO E DO MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

A adequada compreensão dos efeitos e importância da elaboração de um instrumento de representação, mandato e procuração sem olvidar os avanços jurídicos e fáticos da matéria será abordada no presente estudo.

Há muitos modelos, por exemplo, onde existe a outorga de poderes para alienação de imóveis sem a devida especificação de quais bens compreendem aquele instrumento. Outra situação comum é a delegação de poderes para conferência de bens para integralização de determinado capital social sendo formalizada de forma lacônica.

No ano de 2020 as normas de serviço do Estado de São Paulo passaram a prever inclusive que “a procuração outorgada para a prática de atos em que exigível o instrumento público também deve revestir a forma pública” fazendo menção ainda ao artigo 661, parágrafo primeiro do Código Civil brasileiro que trata de poderes especiais.

Outra questão muito importante onde no Brasil existe até lei específica é quando elaboramos instrumentos referentes à rede de franquias. A forma da contratação, elaboração de procuração e sobretudo a atuação de quem representa e é representado exige que as regras estejam claras e norteadas pelo bom costume, condutas e dirigidas àqueles que operam o Franchising sem que nada seja invalidado diante da importância de sua atuação. Em Portugal não existe uma legislação específica tratando do *Franchising* contudo os portugueses seguem as regras do Código Deontológico Europeu.

A representação nos negócios, o próprio negócio jurídico e a gestão de negócios serão temas destacados com ênfase em seus efeitos tornando relevante a análise de que é necessário conferir singularidade para cada ato praticado por terceiro em nome do outorgado e ainda o estudo sobre o ato jurídico unilateral tratado na gestão de negócios.

Essencial destacar em toda a investigação a existência de legitimação representativa e ou ratificação do ato.

Considerando que, nem sempre, os cidadãos realizam negócios pessoalmente, através de sua própria manifestação volitiva, analisar as situações em que, por determinação legal ou por conveniência do agente, o interessado é representado por outra pessoa para a prática de determinado ato se faz extremamente necessário.

Este estudo visa delimitar o alcance jurídico dos institutos da representação, do mandato e da procuração. Reforça sua origem e apresenta os requisitos. A importância de total zelo na formalização do instrumento e também da sua devida aplicação na prática daquela atividade outorgada será desafiada, trabalhada e apontada por toda dissertação.

A análise comparativa de como a gestão de negócios será tratada no Brasil e em Portugal trazendo seus conceitos e aplicações dos instrumentos de representação com ênfase na representação sem poderes será sem dúvidas a principal questão tratada em todo estudo.

A irregularidade de representação causa nulidade ou até mesmo impossibilita de ofício a realização de determinada atividade. Por exemplo, se um advogado subscrever um recurso sem a regular autorização a representar seu cliente, não há como validar aquela peça processual.

A Ministra Dora Maria¹ apontou quando poderá ser suprida a imperfeição do instrumento de representação processual na fase recursal indicando que, apenas nas situações em que houver prova farta da existência de mandato tácito, nos termos da Súmula nº 164/TST.

Serão abordadas também situações em que não se admite a forma verbal ou tácita da representação. Quando o negócio entre as partes indica uma transferência ou comprometimento do patrimônio do mandante recebe a qualificação de mandato com poder especial e este por sua vez só é admitida na forma escrita. E os poderes especiais merecerão destaque na presente investigação.

A importância de observar a descrição dos poderes nos instrumentos de representação é para todos os momentos e prática de atividades seja na área judicial ou administrativa. No entanto, merece especial atenção nas sessões de licitações. Isso porque, pregoeiros necessitam analisar os poderes da representação para validar o credenciamento do participante. Nestas situações, não podem aceitar poderes gerais nos instrumentos exibidos pois durante a sessão licitatória, é necessário dentre outras ações, ofertar lances e praticar renúncias.

Bruno Soares de Souza² enfatiza a necessidade de ter em todos os instrumentos, a especificação correta e clara dos poderes e a quem são dirigidos.

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 47 344 de 25-11-1966³ trata no artigo 268 da representação sem poderes e muito embora temos decorridos anos da criação desta norma, até hoje temos que observar com cautela a importância do seu teor. Seja na realização do negócio, na criação do instrumento, na ratificação dos termos ou na eventual ineficácia do ato.

¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO — *Recurso de Revista* 1563/2001-059-03-00.1 e RR-1290/2002-099-03-00.5, Rel. Min. Dora Maria.

² SOUZA, Bruno Soares de — Os poderes especiais de representação: pré-requisitos essenciais para o credenciamento no pregão presencial. *Revista Jus Navigandi*, n.º 1429, 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9940..>

A ineficácia de um ato realizado por uma pessoa sem os devidos poderes para realização do negócio é sem dúvidas o ponto central do presente estudo.

Os Tribunais Portugueses são extremamente rigorosos na análise da representação. Quiçá, mais rigorosos que os órgãos brasileiros.

A partir de 25 de novembro do ano de 1966, surgiram diversos conflitos apontando eventuais irregularidades na representação diante da aprovação do Decreto-Lei 47344 do Ministério de Justiça português.

Por exemplo, a Relatora Fátima Galante ao julgar o recurso 9039-2005-6, no acórdão publicado em 15-12-2005, enfatizou a representação sem poderes apontando a necessidade de observar as normas apontando ser ineficaz aquela prática a menos que ocorra a devida ratificação do ato.

Embora o decreto português foi criado há anos, os avanços das realidades fáticas e jurídicas dia a dia desafiam o estudo da norma.

Certo é que os elementos essenciais devem sempre ser observados para devida validade do instrumento.

Afinal, é fundamental a existência de legitimação representativa. O terceiro apenas poderá atuar em nome de outrem se tiver os devidos poderes para realização daquele ato. Por essa razão, o que parece simples ganha força na descrição correta dos termos e exige particularidades do caso concreto trazendo a importância da singularidade e afastando a tese de que trata de algo simples no ordenamento jurídico de ambos países.

Salta aos olhos, ser ineficaz o negócio jurídico celebrado sem a devida observância aos poderes de representação.

O abuso nas atividades referentes à representatividade também gera nulidade.

Portugal também possui o decreto 178-86 que regulamentou o contrato de agência. Referida norma qualifica a representação aparente e especificamente no artigo 23 trata do ato praticado pelo agente sem poderes de representação apontando sua validade e eficácia com base nas razões ponderosas.

Assim, tratar da representação sem poderes, pode parecer simples, mas na verdade, merece um artigo literal especificando todas as situações e conceitos sobre o tema.

A importância deste instrumento de representação nas esferas administrativas e judiciais bem como analisar o seu desempenho e consequências de sua atuação é o foco do presente estudo.

³ PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 47344 de 25 -11-1966*. [Em Linha]. (Consult. 12 de agosto de 2023). Disponível

A gestão de negócios será tratada com propriedade pois a administração de um ou mais negócios por outra pessoa exige peculiaridades.

A representação nos negócios jurídicos e os próprios negócios jurídicos merecerão um estudo aprofundado com conexão a impossibilidade de autonomias ocasionando a figura do representante legal.

Outra questão abordada e destacada é que não há coincidência entre as noções de representação e de mandato bem como não são sinônimos o mandato e a procuração, possuindo inclusive regimes jurídicos distintos e distintas finalidades.

Iremos tratar dos três elementos da representação quais sejam, o representante (ator), o representado (aquele em cuja esfera jurídica se projetam os efeitos da ação) e o autor (a quem é imputada a autoria do agir - o representado).

A substituição na representação é considerada um fenômeno podendo derivar de diversas razões tais como a conveniência, o impedimento dentre outras situações.

É de extrema relevância atentar que o interesse que deve dominar será sempre o do representado.

Quando os poderes de representação não existirem ou não forem amplos como projetado, teremos a ineficácia do ato. Um exemplo muito clássico e que será devidamente estudado no presente trabalho é quando o advogado possui o mandato gerando assim a expectativa de que os poderes de representação lhe sejam conferidos (a atuação é feita como a gestão de negócios representativa).

A presente investigação aprofundará a representação na sua integralidade.

I – DA ORIGEM HISTÓRICA DO MANDATO

Não há nada melhor para compreensão da matéria do que a análise da origem do mandato.

O ato de dar as mãos não significa apenas caminhar juntos. Temos no tema que iremos explorar neste estudo a essência da ação de mãos dadas que foi indicada por estudiosos como o grande marco da concessão de poderes.

Dessa forma, o procurador pressionava a mão daquele que era constituído simbolizando uma fidelidade e confiança.

Eduardo Espíndola⁴ afirmava que esse aperto de mão era o laço entre as partes.

Neste mesmo sentido, o mestre francês, Guillouard⁵, em seu livro "Du Mandat", ensina que as mãos dadas que representam a criação do termo Mandato e que esse ato indica o juramento na fiel realização do ato.

Resultava desse cumprimento atos jurídicos e responsabilidades. Tradicionalmente temos que todo o ato jurídico é um ato voluntário e reportavam-se os seus efeitos à vontade do seu autor. Assim, importante destacar que todos os fatos podem representar o intuito do mandato desde que sejam autorizados por lei e que não seja lesivo aos valores determinantes da pessoa humana.

O termo mandato tem origem na expressão latina *mandatum ou manum datum* que indica comando dado.

Assim nasceu o conceito de mandato, qual seja, o contrato onde uma pessoa (mandatário) recebe poderes de outra (mandante) com a finalidade de praticar ações, administrar bens e interesses em nome desta.

Não há uma definição clara sobre a natureza deste negócio, ou seja, se o mandato foi um negócio *stricti iuris* (lei escrita) ou *iuris civilis* (corpo de lei), ou se foi um negócio tutelado por *bonae fidei iudicia* tese defendida por Arangio-Ruiz⁶. O seu aspecto substancialmente gratuito parece indicar tratar de um negócio do *ius civile* porém a sua tutela judicial, a *actio mandati*, aponta no sentido contrário.

O Código Civil de Portugal em seu artigo 1157 define mandato da seguinte forma: “Art. 1157º Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”.

⁴ ESPÍNDOLA, Eduardo — *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, 2002.

⁵ GUILLOUARD, L. *Du Mandat*, 1894.

⁶ Cf. CORDEIRO António Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*, p. 18.

Por sua vez, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 653 do antigo código de 2002 e mantido pelo artigo 1288 do código atual, assevera sobre a operação do mandato.

Em ambos países temos que a confiança é o foco do mandato pois ela representa a crença na lealdade que deve existir entre as partes.

Por esta razão temos a duplicidade do efeito do aperto de mãos onde opera na qualidade de gesto social ou a consolidação de um acordo verbal ou formal. É cediço que necessita de duas ou mais pessoas e possui uma extensa origem histórica vindo dos primórdios da humanidade onde o rival de uma tribo estendia a mão indicando que não carregava nenhuma arma simbolizando assim um pedido de paz.

Este cumprimento possui prática ativa até hoje em diversas transações no âmbito jurídico ou simplesmente indicando um acordo da vontade das partes. Exatamente pela sua origem, importância e prática até os dias atuais, o presente estudo merece toda sua exposição.

Valioso também realçar a relação de poder e dever já que estão intimamente reunidas no mandato.

Assim como a presidência no Brasil e o Estado democrático de Portugal, cria normas no desempenho do mandato também há a exigência de cumprimento de regras.

Aproveitando desse capítulo histórico, trago a importância do discurso presidencial do Presidente do Brasil, Fernando Collor, na sua posse e 15 de março de 1990 onde asseverou⁷ a ligação do Brasil com Portugal.

Finalizo este capítulo que trata da origem histórica do mandato trazendo um texto atual do presidente de Portugal em setembro do ano de 2022 que agradeceu as incorporações que abraçam vários aspectos da educação, cultura e ciências.⁸

Ambos discursos dos presidentes ainda que em datas bem distantes (1990- Brasil e 2022-Portugal) espelham a importância da gestão, da união, dos poderes e do que pretende aprofundar o presente estudo enfatizando a matéria e o quadro comparativo Brasil e Portugal.

O representante de um mandato tem o encargo de atender com zelo toda a ação que lhe for conferida e da percepção do mandato surgem os demais instrumentos de representação que serão diferenciados e instruídos neste estudo com ênfase na representação sem poderes.

⁷ COLLOR, Fernando — *Cerimônia de Posse no Congresso Nacional, 15 de março de 1990*, p. 2.

⁸PRESIDENTE de Portugal expressa gratidão ao Brasil — [Em linha]. (Consult. em 2 jan. 2022). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/08/presidente-de-portugal-expressa-gratidao-ao-brasil-e-deseja-que-pais-siga-livre-e-democratico>.

II – DA ASCENDÊNCIA HISTÓRICA DA PROCURAÇÃO

Sendo a procuração um negócio jurídico unilateral e o mandato bilateral já que sua forma é revestida pelo contrato, destacamos no presente estudo a diferença entre estes dois instrumentos de representação.

A procuração caracteriza pela única declaração jurídico-negocial e o mandato espelha duas declarações jurídico-negociais que se harmonizam por serem coerentes quanto aos meios e coincidentes quanto aos fins. Dessa forma, ainda que o nome do outorgado conste do instrumento de procuração, ele não é figurante, pois o negócio jurídico é unilateral.

Em 1712, em Portugal, o grande estudioso, Rafael Bluteau⁹ definiu procuração como o poder de relacionar negócios indicando exemplos de como e quando esse ato ocorria.

Inicialmente a procuração representava um documento de cessão de poder no campo econômico, e, posterior, foi revestida de autoridade jurídica.

Com o avanço do comércio, a procuração foi ganhando mais espaço. Isso porque, o comércio era à base de costumes e conseqüentemente surgindo a partir de então os primeiros contratos e o uso da lei escrita. Nesse sentido, as procurações emergem não necessariamente a expressão do alcance das variações econômicas, mas a delimitação espacial de alguns dos circuitos mercantis relacionados a essas oscilações.

Os diversos ciclos do tráfico atlântico de escravos são um exemplo excepcional para a presente investigação uma vez que as viagens de Lisboa para o Brasil eram constantes e desse comércio marítimo nascia o grande mundo dos negócios.

No período do comércio negreiro as procurações adquiriram maiores projeções, o que a remete para as várias instâncias de circulação de mercadorias e homens.

As procurações delegadas no termo de Vila do Carmo com circunstâncias diversas são expressões geográficas da origem deste instrumento.

Muitos defendiam que as procurações atestavam as várias conexões entre as cidades. Um exemplo marcante foi do traficante de escravos, Manoel Gonçalves Viana, que indicou procuradores na Bahia, Rio de Janeiro, Santos, Lisboa, Porto e Angola, autorizando-os a comprar e vender mercadorias em seu nome e foi destacado por receber um total de nove procurações por outorgantes residentes no termo de Vila do Carmo sendo a última procuração a ele dirigida registrada com o ano de 1729.

⁹ RAFAEL, Ana Isabel Araújo Marques — *Hum fio de voz, não quebra silêncio: retórica e pedagogia do silêncio em Rafael Bluteau*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, p. 29.

Trazer a origem histórica da procuração ao presente estudo não apenas visa demonstrar a diferença, finalidade e aspectos jurídicos distintos comparado ao mandato e a força da representação como também aponta a riqueza do tema para a presente investigação formalizada no Brasil para ser apresentada em Portugal.

Isso porque, os residentes na América lusa elegiam seus procuradores de acordo com informações provenientes das localidades de destino dos nomeados demonstrando assim que os fatores de ordem econômica, jurídica e parental ditaram os rumos da adesão das procurações.

III – DAS DISTINÇÕES ENTRE MANDATO E PROCURAÇÃO

Como já apontado acima, a procuração e o mandato são conceitos e negócios jurídicos distintos.

A primeira diferença está na criação da obrigação. A procuração determina obrigação para uma das partes e o mandato na qualidade de contrato vincula ambas as partes no negócio jurídico,

No mandato verifica-se apenas para o mandatário a obrigação de agir a cargo do mandante enquanto na procuração existem poderes de representação conferindo ao representante o poder de atuar em nome do representado.

Com efeito, a procuração e o mandato não constituem atos separados já que implícito à procuração existe uma relação de base, ou seja, um mandato.

Temos assim que, adepto à procuração está normalmente um contrato de mandato, que será, portanto, um contrato de mandato com outorga de poderes de representação.

Na maioria das vezes existe a formalização deste instrumento. Há situações em que a própria legislação não obriga a forma escrita para o negócio destacando neste caso que a procuração, enquanto documento escrito e assinado pelo representado integra a própria forma escrita voluntária do contrato de mandato com outorga de poderes de representação se processando assim como o título do mandato caracterizado pela estrutura escrita do contrato de mandato.

Podemos caracterizar que entre o mandato e a procuração existe uma singularidade com repercussões no regime jurídico de ambos instrumentos. As situações de extinção, amplitude, desdobramento do mandato e dos poderes conferidos pela procuração merecerão especial destaque na presente investigação.

Quando, por exemplo, não há um contrato de trabalho a existência de uma procuração escrita devidamente exibida pelo representante faz considerar a existência de um contrato de mandato entre ambos (prestação de serviços pelo qual uma das partes (o mandatário) se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta do mandante). Existindo o contrato de mandato com outorga de poderes de representação (procuração) há a aliança entre referidos negócios jurídicos distintos (mandato + procuração).

Através dessa coligação existente no contrato de mandato com poderes de representação (com procuração) nasce um novo efeito jurídico uma vez que o mandatário possui o dever e não somente o poder de atuar em nome do mandante. Por essa razão, o contrato de mandato é considerado especial e recebe uma forma autônoma.

Temos assim que é perfeitamente possível existir mandato com procuração e mandato sem procuração e de forma excepcional poderá haver procuração sem mandato se a procuração tiver como base um contrato de trabalho (uma relação jurídica laboral, emergente, portanto de um contrato de trabalho), um contrato de agência entre a pessoa do representando e a pessoa do representante ou ainda se a procuração for outorgada e enviada juntamente com uma proposta (contratual) de contrato de mandato desde o momento em que é outorgada até ao momento em que a contraparte aceita ou recusa a proposta contratual.

A declaração da vontade do representado caracteriza o negócio de forma perfeita na procuração não exigindo nenhuma aceitação do beneficiário para a consequente produção de efeitos. Esse por sua vez se não concordar deverá proceder com a renúncia expressa ou tácita daquele ato.

Em relação ao contrato de mandato, pela sua forma especial, a cessação determinará a extinção da procuração já que encerra a relação jurídica que lhe serve de base.

A familiaridade existente entre mandato e procuração se apresenta também em relação ao campo de ação na prática de diversas formas de representação. Assim, a abrangência do poder conferido pela procuração determina a dimensão, o plano ou o limite do mandato.

IV – DO MANDATO NA SUA INTEGRALIDADE (COM E SEM REPRESENTAÇÃO)

Conviver em sociedade exige regras para manutenção da ordem e harmonia. Essas normas que conduzem as relações das pessoas para assegurar a ordem.

Há um mandato com representação quando o mandatário pratica os atos jurídicos pretendidos com o mandato por conta e em nome do mandante.

Inversamente, há um mandato sem representação quando o mandatário pratica os atos jurídicos pretendidos com o mandato por conta do mandante, mas em nome próprio.

Um exemplo prático do mandato sem representação é quando o vendedor outorga poderes para o comprador transferir o imóvel para si.

Um dos mais conhecidos movimentos do mandato sem representação são os negócios jurídicos da comissão mercantil.

A origem histórica do contrato de comissão retrocede ao direito grego, onde o representante, ou seja, aquele intermediário comercial estabelecia a união de interessados a efetivarem as mais variadas operações comerciais conhecidas à época.

O direito romano durante todo o período clássico conhecia apenas a figura do nuntius (aquele que anuncia, o mensagem). Após, passou a existir a representação indireta também conhecida como representação imperfeita que é aquela que o representante age em seu próprio nome, defendendo interesses do representado.

Temos assim que, a eficácia do ato recaía sobre o representante que a transmitia ao representado.

O contrato de comissão há anos possui sua devida legislação assim o definindo: "A comissão mercantil é o contrato de mandato relativo a negócios mercantis, quando pelo menos o comissário é comerciante, sem que nesta gestão seja necessário declarar ou mencionar o nome do comitente".

As espécies desse negócio jurídico são variadas e devidamente divididas quanto ao objeto do negócio jurídico externo (aquele efetivado pelo comissário e um terceiro, sob as ordens e por conta do comitente) desmembrando da seguinte forma: comissão sobre compra e venda de mercadorias, comissão sobre valores mobiliários e comissão sobre transportes.

Outra espécie dessa transação jurídica é aquela que indica o número de obrigações contraídas onde o comissário responsabiliza pela liquidação da contraparte com quem realizou o contrato assim como disposto no artigo 179 do Código Comercial. Possui assim a característica de condição podendo ser inserido em qualquer contrato de comissão, tornando o

comissário garante solidário ao comitente quanto à solvabilidade do terceiro com quem aquele contratou.

Ponte de Miranda¹⁰ destacou o grau de autonomia negocial conferida pelo comitente ao comissário (comissão imperativa, indicativa e facultativa) e ainda a grande polêmica existente da própria definição de contrato de comissão mercantil.

Isso porque a doutrina Francesa não concordava com o entendimento de que o negócio jurídico da comissão mercantil se apresentava pela outorga de poder do comitente ao comissário, para que este, em troca de sua comissão, realize perante terceiro outro negócio. Este negócio jurídico externo deve ser realizado por conta do comitente e em nome do comissário. Isto significa que esta facção doutrinária julga inexistir a presença da representação como elemento nuclear do negócio jurídico interno, ou seja, o comissário realiza o negócio jurídico externo em seu nome (comissário é parte, não o comitente) sem representar o comitente, porém, transmitindo-o algumas das posições jurídicas decorrentes do ato. Para a doutrina Francesa, a representação é o elemento essencial de negócio jurídico interno, apesar de falar em representação imperfeita ou indireta.

A prática das circunstâncias decorrentes da vida em sociedade impede a realização direta de todos os atos jurídicos o que se fez necessário permitir que uma terceira pessoa possa exercer os mais variados atos jurídicos no interesse de outra. Daí, nascendo o instituto jurídico da representação.

Ludwig Enneccerus¹¹ define o representante como o realizador do negócio por sua própria vontade, e neste sentido diferencia-se do nuncio, que é simples mensageiro, transportando as declarações de vontade alheias. Isto significa que o representado confere poderes ao representante para que este, no limite das ordens emanadas, efetue determinados atos com a intenção de tornar-se titular de posições jurídicas ativas e passivas em nome e para o representado (*contemplatio domini*), sem que isto importe, necessariamente, na completa explicitação da condição do representante. Não obstante, os papéis ocupados e a *contemplatio domini* devem ser deduzidos das próprias circunstâncias em que o negócio é realizado, uma vez que esta ocorrência é importante para que a representação se apresente em sua feição aperfeiçoada.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — *Tratado de Direito Privado*. T. 43, São Paulo, Max Limonad.

¹¹ *El representante tiene que realizar el negocio por su propia voluntad. Por esta nota se diferencia del nuncio, que emite la declaración en concepto de ajena, a título de propia del que lo envia (el nuncio dice: "X me ordena decirle a usted que compra el caballo", el representante expresa: "le compro a usted el caballo en nombre de X")* - cf. ENNECCERUS, Ludwig — *Tratado de Derecho Civil*, p. 426.

Manuel A. Domingues de Andrade¹² afirma que a intenção de realizar o negócio no interesse de outra pessoa revela-se exteriormente em face da contraparte, declarando-se que o negócio é concluído em nome de outro, para surtir, portanto, efeitos na esfera jurídica desta pessoa.

O aspecto peculiar que opera a transferência da eficácia do negócio jurídico realizado da esfera jurídica do representante à do representado é o que define a representação como efetivamente a integra transferência das posições jurídicas.

A norma robusta destaca que há a representação tanto quando o representante foi com declarações de vontade como quando as recebe. Sendo que quando as declara é revestida pela forma de representação ativa e quando as auferem tem a denominação de representação passiva.

Sabemos que pela representação indireta o representante sempre agirá em seu próprio nome, mas no interesse do representado e consequentemente produzindo efeitos para o representante com o devido compromisso de mover ao representado.

Referida representação subsiste até os dias atuais se enquadrando as variadas práticas.

Pontes de Miranda¹³, afirmou categoricamente que comissão não é espécie de mandato, pois o que existe é "outorga de poder" e não representação. Isto ocorre uma vez que o comissário age em nome próprio. O comissário insere-se no suporte fático apresentando-se como figurante do negócio jurídico externo. Tal posicionamento encontra respaldo no art. 166 do Código Comercial, que dispendo sobre a eficácia do negócio jurídico externo tende a tratar somente o comissário como parte.

Os doutrinadores franceses consideram o contrato mercantil como uma representação imperfeita.

O jurista B. Starck¹⁴ desenvolveu uma teoria geral da representação imperfeita integrada à comissão "*proprio nomine*" onde por esta teoria, o comissário que age em nome próprio e por conta do comitente o representa, conservando, entretanto, o papel de parte no contrato. Tal afirmação é extraída da análise dos atos praticados em razão do negócio jurídico da comissão mercantil. Agir em nome próprio significa querer ser parte, porém, agir por conta de outrem importa em representar e sempre atento a obrigatoriedade de o comissário ter que agir com base no poder que lhe é conferido, e nos limites por ele definidos. Dessa forma,

¹² ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Teoria Geral da Relação Jurídica*, p. 285.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — *op. cit.*, p. 283-285.

¹⁴ STARCK., B — *Les rapports du commettant et du commissionnaire avec le tiers*, p.145-172.

cumpridas estes requisitos a representação imperfeita existe e é fundamental ao exercício do negócio jurídico da comissão mercantil.

Vale ressaltar que o comissário atua no negócio jurídico externo em nome próprio, mas simultaneamente representando o comitente.

Manuel Domingues de Andrade¹⁵ conclui que: "Só nos resta dizer que nossa lei mercantil expressamente consagra e regula esta última figura (representação indireta) nos arts. 266 et seq. do CCo (LGL\1850\1)., sob o nome de contrato de comissão, aí definido como tendo lugar 'quando o mandatário execute o mandato mercantil sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome como principal e único contraente'. Pelo art. 268 vê-se que os efeitos do negócio realizado pelo comissário se produzem entre ele e a contraparte, não havendo qualquer ação desta contra o comitente e vice-versa. Simplesmente, como se conclui do art. 267 e de várias outras disposições do mesmo capítulo, o resultado final da operação pode e deve ser transferido do comissário para o comitente, sendo este que, no fim das contas, recolherá os lucros ou suportará os prejuízos que houverem. Verifica-se aqui, portanto, o desenho essencial da representação imprópria."

Por sua vez, a doutrina brasileira nunca valorizou a representação indireta.

Pontes de Miranda, que cita a obra prefaciada por J. Hamel (*Le Contrat de Commission*), introdutora da teoria que utilizamos como fundamento, o faz para criticar a imprecisão terminológica do jurista francês ao confundir comissão com mandato, porém não tece qualquer crítica ou comentário à teoria da representação imperfeita aplicada à comissão mercantil.

Destaca-se ser possível que o comitente e o terceiro demandarem um em face do outro, em vista da eficácia do negócio jurídico externo garantido o exercício do tráfego jurídico bem como a isonomia das relações contratuais.

Um exemplo habitual é quando o vendedor de um produto é responsabilizado pelo vício oculto onde a aquisição é realizada através de um comissário sendo que os produtos eram eivados de um problema que mesmo uma análise profissional não identificaria vícios se estes não se manifestassem posteriormente com o devido uso e já em posse do comitente não podendo assim considerar culpa do comissário.

O maior obstáculo legal à aplicação da teoria francesa da representação indireta é o artigo 166 do Código Comercial brasileiro que é considerado pelos estudiosos brasileiros como as razões da exclusão do elemento de representação uma vez que seu texto menciona

¹⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *op. cit.*, p. 292-293

que o comissário contrata em nome próprio. Entretanto, já foi demonstrado que o fato de o comissário contratar em nome próprio não significa que não possa representar o comitente. Logo, ao menos nesta parte não existe obstáculo.

V- DA LEI DO MAIOR ACOMPANHADO E A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO DOS PODERES

O termo representação é usualmente aplicado em diversas situações.

Tanto que, na parte final da introdução deste estudo, comparamos a matéria com os atos praticados e com os planos estratégicos da administração pública. Seja ela exercida pelos dirigentes dos países ou até mesmo em cada repartição.

Outro tipo de representação é aquela decorrente do poder familiar. Essa representação legal é notoriamente conhecida como aquela exercida pelos genitores sobre seus filhos.

Uma das representações mais conhecidas são aquelas oriundas de processo judicial. Nesta ocasião, o cliente contrata seu advogado para em seu nome, ingressar com ação judicial, apresentar peças defensivas, transigir em audiências ou em minutas formalizadas dentre outros atos devidamente descritos no instrumento legal.

Na linguagem jurídica a expressão “procuração forense traduz no ato jurídico e no documento escrito onde esses poderes de representação tenham sido atribuídos.¹⁶

Apontando exemplos, temos ainda as nomeações judiciais de síndicos em processos de falência, há também tutores e curadores devidamente nomeados pelos magistrados e outras formas decorrentes da representação legal.

Em Portugal, recentemente o conceito da representação legal foi destacado em função da Lei do Maior Acompanhado (Lei 49-2018) que criou um regime jurídico facilitador para os portadores de deficiências na relação entre os estímulos físicos e as respectivas sensações.

Com referida norma, a interdição e a inabilitação foram excluídas do Código Civil e esta lei atingiu também o Código de Processo Civil, de Registro Civil, Comercial e a Lei de Saúde Mental.

O ordenamento português buscou eliminar a interdição. Diante da necessidade e importância do termo “representação”, não foi possível extinguir referida terminologia mantendo-a no texto legal.

A lei portuguesa do maior acompanhado representa a pessoa que, por indisposição física ou mental encontra dificuldade de exercer de forma ampla, própria e consciente os seus direitos bem como possui desajustes no cumprimento de seus deveres carecendo assim de medidas de acompanhamento.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Pedro de — Código Civil Comentado. In: CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil*, p. 768; CORDEIRO, A. Menezes A. Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 128.

A preservação e a possível ampliação da autonomia de que a pessoa ainda dispõe sem dúvidas foi o objetivo dessa norma.

Os Tribunais sempre definem a capacidade da pessoa com base em laudos médicos porém recebeu destaque que o acompanhamento deve limitar-se ao essencial. Cautelosamente deve ser apreciado quais os poderes que serão atribuídos ao acompanhado e quais aqueles que lhe serão limitados. Neste sentido, as funções do acompanhante devem ser criteriosas e devidamente identificadas (responsabilidades parentais, representação geral ou especial, administração de bens e autorização específica e prévia para a prática de atos). Os direitos pessoais e os negócios da vida minuciosamente expressos na decisão judicial serão exercidos por outrem com os poderes para tanto.

Referida lei portuguesa enfatizou também o direito pessoal de testar ordenando que os maiores acompanhados são incapazes de testar somente nos casos em que a decisão judicial assim asseverar. Referida questão é amplamente discutida já que o direito a testar exprime valores inerentes e fundamentais da pessoa e assim impossível de ser praticado por terceiros.

O Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão datado de 13/01/2022, proc. n.º 4106/11.2TCLRS-B.L1-8, afirma que:

do elenco dos atos relativamente aos quais o acompanhante deve solicitar prévia autorização judicial... Assim como não poderá autorizá-lo, v.g., a votar, porque inerentes a uma vontade, consciência e decisão própria, não compatíveis com o exercício por terceiros, ainda que judicialmente autorizado¹⁷.

A classificação correta de qualquer representação, assim como em situações como a do maior acompanhado merece total atenção pois todos os atos praticados que não cumpram com a decisão judicial ou com os devidos poderes discriminados no instrumento serão anuláveis.

O artigo 140, 2 da lei portuguesa em tela reconhece a possibilidade da pessoa não ter condições de autorizar determinado ato de acordo com sua vontade o que também é tratado na lei brasileira n.º 13146/15 ao trazer a Tomada de Decisão Apoiada, auxiliando aquela que possui deficiência e necessita de apoio em atos de sua vida civil, participando da formação do negócio jurídico do qual derivará o apoio a ser concedido mediante apresentação de um termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos assumidos.

¹⁷ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA — *Proc. n.º 4106/11.2TCLRS-B.L1-8*. Data do julgamento: 13/01/2022.

A exigência prévia e específica de autorização judicial para os atos de disposição de bens imóveis dentre outras questões que deverão e somente poderão ser exercidas mediante termo discriminado demonstra o cuidado por parte do legislador com a devida distribuição de poderes e seus efeitos.

O Código Civil luso preocupou com os deveres e direitos dos acompanhantes bem como com o conflito de interesses exigindo e disponibilizando a devida prestação de contas e até mesmo a remoção e exoneração daquele que exerce a função de acompanhar.

Há inclusive sanções a ser aplicadas para qualquer um que não respeitar as normas de acompanhamento.

No Brasil há também crescentes estudos sobre a representação de pessoas com deficiências e sempre ressaltando que “a incapacidade absoluta não é instituto discriminatório, mas medida de proteção aos interesses do incapaz”¹⁸

Embora tratando do mesmo tema, as normas portuguesas e brasileiras trazem textos diferentes mas ambos ordenamentos preocupados em promover às pessoas com deficiência uma farta possibilidade de exercer seus direitos com o devido apoio mas sempre restrito e instável, ou seja, de acordo com o que realmente se faz necessário e está devidamente atribuído a prática pelo terceiro que irá apoiar.

A forma ideal de proteger situações de grande fragilidade na vida social dos cidadãos considerando o direito substantivo e processual exatamente quando estiverem prejudicados no que diz respeito a capacidade racional impossibilitando de gerirem a sua pessoa e os seus bens é a representatividade e por esta razão merece um estudo próprio.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa — *Código Civil comentado*, p. 2349.

VI – DOS INSTRUMENTOS DA REPRESENTAÇÃO

A representação, a procuração e o mandato são sinônimos?

Vale destacar que o contrato elaborado pela vontade das partes recebe a qualificação de mandato ao passo que a procuração outorgada representa o instrumento que consolida determinada convenção e por fim a representação é a posse conferida pelo mandante ao mandatário em razão da subsistência do contrato muitas vezes representado pelo instrumento de mandato.

A partir destas transações jurídicas, nascem novas ações que clamam também pela prática da representação.

Temos assim que o fato, o ato e o negócio jurídico estão totalmente relacionados e a partir deles conseguiremos entender melhor a distinção de cada instituto.

Considerando que a manifestação de vontade pode ser aduzida pela parte, pessoalmente, ou pode ser, por vezes, suscitada através de um representante, a realidade fática e a de direito devem ser detalhadas e estudadas.

Manuel A. Domingues de Andrade¹⁹, definiu fatos juridicamente destituídos de eficácia.

Os instrumentos de representação são institutos jurídicos diversos exigindo do operador do direito observar atentamente a denominação correta do instrumento realizado para que os requisitos formais sejam adequadamente aplicados e o ato firmado alcance a devida segurança jurídica.

O relator do processo 4677-15.4T8GMR-A.G1, António Figueiredo de Almeida, iniciou seu relatório exatamente asseverando que²⁰ contrato e negócio jurídico são diversos.

Isso porque, o entendimento de cada entidade facilita não apenas na devida escolha de qual unidade operar como também representa a importância da nomeação dos poderes em cada instituto.

Uma situação comum e notória é a do preposto, nomeado para representar alguém em determinado ato. Se aquele representante não estiver com o documento hábil e devidamente com os poderes descritos para seu ato, sérios problemas poderão ser ocasionados.

¹⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Op. cit.*, p. 27.

²⁰ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES — *Processo n.º 4677-15.4T8GMR-A.G1*, Rel.: António Figueiredo de Almeida

Um exemplo é quando comparece por exemplo no Juizado Especial sem poderes específicos para transigir. Observada esta falha, a revelia é medida que se impõe.

Outro momento importante e comum nas representações é nos cargos comissionados pois tratam de nomeações destinadas às atribuições de direção e assessoria.

As incumbências das ocupações em comissão devem estar narradas de forma nítida e objetiva, inclusive devendo constar seus termos na própria norma em que for instituído o cargo conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) nº 1041210, que fixou tese de repercussão geral nesse sentido.

Sobre as diversas formas de representação temos também os contratos de agência onde alguém assume a promoção de atos por outra pessoa.

Pontes de Miranda²¹ trouxe sobre esse tema uma importante questão onde preliminarmente não podemos confundir o instituto da representação, negócio jurídico unilateral com aceitação automática e abstrata, com o contrato de representação, espécie de negócio jurídico bilateral. Destacando que o dever jurídico principal do representante é o de concluir negócios para terceiros e no caso do agente, seu papel é tão somente promover determinado negócio para o agenciado.

Temos assim que a representação é gênero e o mandato é qualificado como a espécie. Destaca-se que a representação transcorre da lei, enquanto que o mandato sempre decorrerá da vontade das partes.

A representação como visto, recebe a denominação legal ou voluntária sendo estabelecido pelo artigo 115 do Código Civil Brasileiro que os poderes de representação são conferidos por lei ou pelo interessado.

A representação legal ocorre quando a lei determina referido ato por meio de um representante. Tais situações são usualmente utilizadas no caso da tutela e curatela aos incapazes. Nestas ocasiões, há normas determinando quando estas ações são obrigatórias e confere regras indicando quando é autorizado gerir ou destinar os direitos do representado.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves²² o representante legal é a que decorre da lei e o representante judicial é aquele nomeado pelo poder judiciário para exercer poderes de representação no processo, como o inventariante e o administrador da falência (art. 21, da Lei 11.101/05).

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — *op. cit.*, p. 79. "O representante de empresa tem de buscar as conclusões, com os atos de divulgação e de atração, que sejam necessários, tem de preparar as conclusões (como os agentes), mas, à diferença dos agentes, concluí-los".

²² GONÇALVES, Carlos Roberto — *Direito civil brasileiro*, 2008.

O substabelecimento não é permitido quando tratamos de representação legal pois a esta, incumbe um múnus intransferível.

A representação voluntária nasce com o mandato. Isso porque, ao autorizar que o mandatário pratique determinado ato em seu lugar, o interessado aumenta sua área de atuação e a capacidade de proteger seus objetivos no campo jurídico, ainda que esteja em outro local. Nesta espécie de representação deve avaliar quais os poderes expressos foram concedidos ao representante destacando o propósito revelado pelo representado.

Em Portugal a representação é estabelecida pelos artigos 258 a 269 do Código Civil sendo conceituada pela prática de ações de um representante em nome de um representado asseverando ainda que não há limites para a manifestação do propósito apontado pelo interessado.

Vale ressaltar que, assim como já abordado, a representação nem sempre é autorizada. Há situações jurídicas em que o ato é personalíssimo assim como quando alguém declara suas últimas vontades por meio de um testamento.

No Brasil a procuração é regida pelo Código de Processo Civil pelos artigos 103 ao 107 sendo também disciplinada pelo Código Civil em seus artigos 654, 655 e 692.

Em Portugal, tanto o Código Civil quanto o Código do Notariado, concedem especial atenção ao instrumento de procuração.

O princípio da equiparação formal ganha destaque no artigo 262 do Código Civil português.

O artigo 116 do Código do Notariado²³ define as situações em que as procurações necessitam de intervenção notarial.

A procuração permite sua elaboração particular ou pública e também se qualifica como procuração verbal ou escrita dependendo das transações a ser efetivadas e com observância as questões consensuais ou aquelas que requeiram formalizações.

Antunes Varela e Pires de Lima²⁴, sempre defendeu que são raras as ocasiões em que se faz necessária a atuação de um cartório.

A doutrina majoritária defende que, a prática da elaboração de um instrumento de procuração feito por um notário, garante o esclarecimento de todo conceito, requisito e valor deste documento.

²³ PORTUGAL — *Código do Notariado*. [Em linha]. Consult. em 5 abr. 2022. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=457&tabela=leis.

²⁴VARELA, Antunes; LIMA, Pires de — *Código Civil Anotado*, 2010.

Independente de quem a elabore é de suma importância estudar todos os requisitos da procuração para sua devida validade para que possa assim, surtir seus efeitos.

Existem situações onde é obrigatória a intervenção do cartório, assim como quando a representação é solicitada por um analfabeto.

Quando a procuração apenas tiver validade se for formalizada via cartório não poderá existir de outra forma, tornando assim, nula, se o documento não tiver o devido registro naquele órgão.

Nota-se assim que, embora são semelhantes, não podemos confundir o termo mandato com procuração. Importante registrar que o primeiro é o contrato, ou seja, a razão do vínculo jurídico que une as partes e estabelece as condutas a serem adotadas. O teor do mandato interessa inicialmente somente às partes contratantes, que ordenarão os efeitos pretendidos.

Outra confusão habitual refere-se aos termos mandato e mandado.

Estes possuem qualificações totalmente diversas. O mandado é emanado de uma autoridade pública competente e como visto, o mandato é o encargo recebido para administrar interesses.

Importante frisar que a procuração tem um significado muito mais extenso do que o previsto nos dispositivos legais luso-brasileiros.

Isso porque, pela facilidade, rapidez e pela tradição, a sociedade em geral define a procuração como um mero documento seja público ou particular. Assim, a devida elaboração merece especial zelo.

Esta outorga de poderes deve ser minuciosa para descrever todas as ações que poderão ser praticadas e para que alcance a pretensão das partes sem nenhum vício.

O magistrado Pablo Stolze²⁵ afirmou que o termo “procuração” não apresenta apenas um sentido.

Ferrer Correia²⁶ conceituou muito bem a terminologia “procuração” qualificando-a como o ato pelo qual o representado acorrenta, em face de pessoa determinada ou do público, a adotar e arcar na sua esfera jurídica os efeitos das transações a ser realizadas pelo procurador, observando a linha divisória entre as extensões.

A validade do instrumento de procuração é amplamente enfrentada e discutida pelos Tribunais. No entanto, não há dúvidas que sua legitimidade permanece até a revogação dos poderes.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze,; PAMPLONA FILHO, Rodolfo — *Novo Curso de Direito Civil*, 2006.

²⁶ CORREIA, A. Ferrer — A Procuração na Teoria da Representação Voluntária. In: *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 1985.

Neste sentido, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. VALIDADE DO INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROCURAÇÃO ATUALIZADA.²⁷.

O termo procuração destaca-se tanto pela sua característica de documento quanto pelo seu aspecto de negócio jurídico.

O código Civil brasileiro utiliza o termo procuração em Assembleias de condomínios sendo tratado no capítulo do mandato e não no capítulo sobre o condomínio Edifício.

Isso porque, o Código Civil brasileiro optou por tratar das obrigações de quem possui uma procuração, como deve ser o documento e até quando o mesmo é válido.

Orlando Gomes²⁸ define mandato como a narração contratual onde as partes expressam seus interesses criando ônus.

É possível haver mandato verbal e a relação jurídica verbal, qual seja, a própria procuração. Porém, não é correto utilizar o termo "instrumento verbal de procuração" considerando que, qualquer instrumento reclama a forma escrita.

Em relação à natureza jurídica temos que o mandato é um contrato bilateral toda vez que apresentar-se na forma onerosa, exigindo a devida remuneração. Qualifica-se como unilateral quando for gratuito havendo a prestação somente do mandatário.

A simples manifestação do propósito concede ao mandato a forma de contrato consensual.

Não é obrigatória sua formalização para devida validade o que também o qualifica como um contrato informal, dispensando ser instrumentalizado.

Por fim, o mandato indica a preparação, visando a produção de efeitos jurídicos futuros.

A característica principal do mandato é seu caráter personalíssimo, abrangido pela confiança.

A representatividade é sem dúvida o alimento do mandato e este instrumento não exige sua forma escrita em todas as ocasiões.

Quando o defensor é nomeado pela autoridade judiciária dispensa a procuração e da mesma forma não exige o instrumento em situações que o procurador postula na Justiça do Trabalho e acompanhou as partes desde o início da causa o que autoriza o registro nos autos com força do instrumento de procuração.

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS — *Apelação número 70058595471*, Décima Quinta Câmara Cível, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado Em 02-02-2014.

A responsabilidade do mandatário é ampla devendo executar o seu mandato com propriedade e prestando contas quando necessário.

Em situações onde o mandatário não agir de boa fé, deverá pagar por perdas e danos.

Com essas considerações sobre mandato, vale ressaltar que é possível procuração sem mandato uma vez que trata de promessa de contrato sendo certo que, só existirá mandato se o outorgado na procuração aceitar. Por isso vale repetir que a natureza jurídica da procuração é de ato jurídico unilateral.

O mandatário poderá renunciar à representação mas não exonerando do dever de notificar expressamente seu ato.

Os efeitos do mandato também são cessados quando ocorrer a morte de qualquer das partes em função de tratar de um contrato intuito personae, ou seja, aquele outorgado à pessoa de confiança do mandante.

A não observância deste requisito gera nulidades. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FALECIMENTO DE PARTE. NULIDADE DA DECISÃO QUE DETERMINOU A EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO AO CREDOR FALECIDO. AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA REGULARIZAÇÃO DO POLO ATIVO PELA SUCESSÃO DO FALECIDO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA FORMULADO POR PATRONO QUE NÃO DETINHA PODERES DE REPRESENTAÇÃO DO FALECIDO ANTE A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE MANDATO PELA MORTE DO MANDANTE. O pedido de exclusão da lide não poderia ter sido formulado pelo procurador que representava a parte falecida nos autos, à época do requerimento, ante a ausência de capacidade postulatória, uma vez que os poderes do mandato se extinguíram com a morte do mandante em momento anterior. Precipitada a decisão do juízo de origem em homologar o pedido de desistência do feito em relação ao falecido, visto que não foi oportunizada a correta habilitação dos herdeiros. Recurso provido²⁹.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão³⁰ tece esclarecimentos em relação a caducidade do mandato e sua respectiva extinção. Por isso o artigo 1174 do Código Civil de Portugal elenca as situações em que poderá ser extinto.

É cediço que a representação, mandato e procuração são institutos jurídicos diversos. O operador de direito deverá sempre apreciar o caso concreto para que seja conferido o nome correto ao instrumento realizado e assim alcançando o fim pretendido.

²⁸ GOMES, Orlando — *Contratos*, 2001.

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS — *Agravo de instrumento número 70074970427*, Vigésima Quinta Câmara Cível, Relator: Ricardo Pippi, Julgado em 27-02-2018.

Tratando do tema representação sem poderes, conhecer o conceito de cada uma dessas modalidades merece com certeza um capítulo bem detalhado.

³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes — *Direito das Obrigações*, pp. 466-467.

VII – DA IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO

A irregularidade de representação causa nulidade ou até mesmo impossibilita de ofício a realização de determinada atividade.

Por exemplo, se um advogado subscrever um recurso sem a regular autorização a representar seu cliente, não há como validar aquela peça processual.

A Ministra Dora Maria³¹ apontou quando poderá ser suprida a imperfeição do instrumento de representação processual na fase recursal indicando que, apenas nas situações em que houver prova farta da existência de mandato tácito, nos termos da Súmula nº 164/TST.

Existem situações em que não se admite a forma verbal ou tácita da representação.

Quando o negócio entre as partes indica uma transferência ou comprometimento do patrimônio do mandante, recebe a qualificação de mandato com poder especial e este por sua vez só é admitida na forma escrita.

A importância de observar a descrição dos poderes nos instrumentos de representação é para todos os momentos e prática de atividades seja na área judicial ou administrativa. No entanto, merece especial atenção nas sessões de licitações. Isso porque, pregoeiros necessitam analisar os poderes da representação para validar o credenciamento do participante. Nestas situações, não podem aceitar poderes gerais nos instrumentos exibidos pois durante a sessão licitatória, é necessário dentre outras ações, ofertar lances e praticar renúncias.

Bruno Soares de Souza³² admira o conceito trazido por Silvio Venosa, em "Contratos em Espécie", pág. 276 onde enfatiza a necessidade de ter em todos os instrumentos, a especificação correta e clara dos poderes e a quem são dirigidos.

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 47 344 de 25-11-1966 trata no artigo 268 da representação sem poderes.

De forma simples e objetiva disciplina que o negócio que uma pessoa, sem poderes de representação, celebre em nome de outrem é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado. Referida ratificação tem eficácia retroativa e deve obedecer ao prazo concedido pela outra parte.

Os Tribunais Portugueses são extremamente rigorosos na análise da representação. Quiçá, mais rigorosos que os órgãos brasileiros.

³¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO — *Recurso de Revista* 1563/2001-059-03-00.1 e RR-1290/2002-099-03-00.5, Rel. Min. Dora Maria.

³² SOUZA, Bruno Soares de — *Op. cit.*, p. 3.

O Ministério da Justiça português em 25 de novembro de 1966 por intermédio do Ministro da Justiça, João de Matos Antunes Varela, aprovou o Decreto-Lei 47344 que alterou o Código Civil enfatizando com propriedade as regras relacionadas a representatividade com destaque na análise da representação sem poderes.

A partir de então, surgiram diversos conflitos apontando eventuais irregularidades na representação.

Por exemplo, a Relatora Fátima Galante ao julgar o recurso 9039-2005-6, no acórdão publicado em 15-12-2005, enfatizou a representação sem poderes apontando a necessidade de observar o artigo 268º, nº. 1, do Cód. Civil. Apontou que é ineficaz aquela prática a menos que ocorra a devida ratificação do ato.

Certo é que os elementos essenciais devem sempre ser observados para devida validade do instrumento.

Afinal, é fundamental a existência de legitimação representativa. O terceiro apenas poderá atuar em nome de outrem se tiver os devidos poderes para realização daquele ato.

Salta aos outros, ser ineficaz o negócio jurídico celebrado sem a devida observância aos poderes de representação.

Neste capítulo também é importante asseverar que, o abuso nas atividades referentes à representatividade também gera nulidade.

Portugal também possui o decreto 178-86 que regulamento o contrato de agência já abordado. Referida norma qualifica a representação aparente e especificamente no artigo 23 trata do ato praticado pelo agente sem poderes de representação apontando sua validade e eficácia com base nas razões ponderosas.

Assim, tratar da representação sem poderes, pode parecer simples, mas na verdade, merece toda a atenção dedicada neste estudo.

Por essa razão iremos conceituar situações em que enriquece o tema desse trabalho.

Todos os atos necessários ao bom andamento da utilização dos instrumentos de representação devem ser acompanhados de poderes expressos conferidos pelos mandantes. A ausência de clareza quanto aos poderes conferidos e necessários ao desenvolvimento e prática do ato implicará na impossibilidade de o mandatário exercê-los. Afinal, se o mandatário ultrapassar os poderes que lhe foram outorgados ou não detenha poderes suficientes serão considerados ineficazes os atos praticados.

Além da distinção dos instrumentos de representação temos que, independente de qual instrumento será utilizado na representatividade, os poderes e deveres devem sempre ser observados com rigor.

O instrumento deve estar totalmente instruído com a qualificação completa de todos os envolvidos, destacando com clareza os poderes que poderão ser exercidos e também destacando em quais órgãos deverão ser apresentados.

Todos os atos praticados por alguém sem deter os poderes representativos (por ausência total ou por exageros de poderes instituídos) serão considerados ineficazes em relação aquela pessoa representada, exceto se ocorrer a ratificação.

Temos que distinguir a ineficácia da anulabilidade uma vez que a primeira há uma carência de ação já a anulabilidade implica em poder declarar determinada ação por exemplo em improcedente, julgando o mérito.

O abuso da representação deve sempre ser analisada em cada situação pois há limites formais nos poderes outorgados e aquele que atua em nome do outro deve se ater atentamente e respeitando todas as regras e poderes descritos.

VIII – DA INTERPRETAÇÃO COM CARÁTER NORMATIVO

Interpretar é dar vida à norma e a ciência do direito nos desafia a esse movimento constantemente.

Interessante ao tema desse estudo ressaltar que a interpretação possui métodos próprios e deve ser aplicada de forma individualizada a cada situação fática. A norma deve ser sempre explanada pelo operador do direito sem projetar novas disposições já que foram implantadas no ordenamento por meio das prerrogativas constitucionais. Por isso a importância do tema onde devemos conhecer as bases das normas e aplicá-la observando seus limites.

A validação de qualquer norma está exatamente relacionada ao modo que seu intérprete a utiliza.

Por isso ao deparar com o tema: “Da Representação sem poderes” podemos não sentir atração ao estudo imaginando que, assim como uma linha de produção industrial, basta seguir o que consta no instrumento. No entanto, após o surgimento do fato há um longo caminho na leitura da situação, dos documentos, da lei e sua devida aplicação.

A compreensão pelo operador do direito de determinada norma e as diferentes alternativas de como agir são a riqueza do direito.

Impossível existir regras e códigos que relacionem todos os atos e ações. Há lacunas em vários textos e normas afinal, criar e positivizar todos os regimentos legais é impraticável e se isso fosse factível, estaríamos submetidos ao absolutismo que por sua vez não encaixa na organização das sociedades e das culturais atuais do estudo metódico das normas jurídicas.

Sem interpretação não há direito e para relacionar a Hermenêutica ao presente estudo devemos analisar o fato (norma), o valor (dogmas sociais), a norma (resultado da interpretação pelo legislador), a interpretação (estudo), o direito (em conformidade com a lei) e a justiça (imparcialidade).

Não podemos separar a interpretação da aplicação do Direito uma vez que a interpretação resulta da aplicação da norma ao caso concreto.

Resolver e prevenir litígios entre pessoas são sem dúvidas o primeiro objetivo do Direito e podemos classificar como o segundo propósito o processo interpretativo das normas. “A interpretação deve ser orientada pelo sentido e fim da norma; por isso, são estes elementos e não o sentido literal que constituem o seu critério determinativo”³³.

³³ JUSTO, Santos — *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 368.

Temos assim que as normas são revestidas das dúvidas do legislador sobre dificuldades que da regulamentação jurídica.

Um exemplo da interpretação com caráter normativo é o artigo 661 parágrafo primeiro do Código Civil Brasileiro que enfatizou sobre os termos do mandato.

Referida norma manteve o texto do código anterior (artigo 1.295 do Código Civil de 1916) e exatamente em função dessa norma, as procurações em que o outorgante conferia poderes amplos ao procurador para venda de seus bens tinha validade.

Porém, as dificuldades iniciaram em relação às interpretações do texto final do parágrafo primeiro onde taxativamente assevera poderes “especiais”.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp: 1836584 MG 2019/0266544-2) afirmou que obrigatoriamente, em todos os casos, devem estar descritos/identificados na procuração, todos os imóveis que poderão ser alienados. Assim, não admitindo que qualquer imóvel seja transferido por meio de um instrumento que não qualificou com propriedade todas as características do imóvel.

Há estudiosos discordando dessa interpretação com o argumento de que todos são livres para outorgar poderes amplos a quem desejar e neste sentido, se determinada pessoa confere poderes para alienar todos e qualquer bens imóveis de sua propriedade ou ainda eventuais bens que venham compor sua herança, ele já está cumprindo a especialidade ao determinar que o procurador possui poderes especiais para venda de tudo que lhe pertencer.

Os operadores do direito que usualmente aplicam as normas referente a estes atos são os tabeliões. Além das normas gerais, eles devem seguir as regras trazidas pelo seu conselho.

As Normas dos Serviços Extrajudiciais da Corregedoria Geral de São Paulo por exemplo trazem em seu Capítulo XVI, Seção V, Subseção VIII, item 131.1, termos sobre poderes especiais.

Porém, quando a finalidade do ato for doar bens, esbarramos em uma natureza que exige uma análise diferente uma vez que a doação tem particularidades que obrigam a descrição minuciosa do ato.

Nesse sentido, vejamos:

DIREITO CIVIL. REQUISITOS DO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO PARA A VALIDADE DA DOAÇÃO. É inválida a doação realizada por meio de procurador se o instrumento procuratório concedido pelo proprietário do bem não mencionar o donatário, sendo insuficiente a declaração de poderes gerais na procuração³⁴.

³⁴ STJ — REsp 503.675-SP, Terceira Turma, DJ 27/6/2005). REsp 1.575.048-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 23/2/2016, DJe 26/2/2016.

Miguel Reale³⁵ abortou com propriedade a vigência, eficácia e fundamento da norma jurídica explicando a validade do direito e das normas.

Temos então que o regulamento é o enunciado linguístico que contém o objeto da interpretação enquanto a norma é a consequência, ou seja, a resposta da análise daquele preceito. Por essa razão é cediço que um enunciado pode conter várias normas.

Em Portugal podemos indicar o artigo 68º/1 do Código Civil onde se faz necessário atribuir um significado jurídico ao termo morte. Dessa forma, estamos diante de uma situação em que devemos ultrapassar da simples leitura do regulamento para o raciocínio interpretativo e no mesmo sentido o artigo 1305º do código civil português que trata da propriedade dos bens mas exigindo uma interpretação as normas trazidas naquele dispositivo legal.

Certo é que interpretar trata de uma tarefa árdua uma vez que um enunciado linguístico pode apresentar diversas interpretações e ainda, em cada uma acarretando diversas consequências.

Em Portugal recentemente foi questionada a norma que proibia de estar ao telemóvel enquanto conduzia determinado veículo. Isso porque, se determinada pessoa estiver parada em um sinal vermelho e envia uma mensagem naquela oportunidade ela deverá ser sancionada? Infringiu aquela norma que proibida de utilizar o aparelho enquanto estiver conduzindo o veículo?

Nos termos do art. 10º/1 do Código Civil português o intérprete-aplicador deverá aplicar, por analogia, aos casos omissos as normas que diretamente contemplem casos análogos e só na hipótese de não encontrar no sistema uma norma aplicável a casos análogos é que deverá proceder de acordo com o art. 10º/3 desse mesmo diploma legal. O critério decisivo nesta última fase do processo da integração das lacunas é a conformidade ao sistema de uma norma que o intérprete deve determinar e lhe permitirá resolver os casos individuais porém, o estudo que estamos realizando acarreta nulidades se for aplicada determinada norma diversa da vontade daquele outorgante. Assim, reforçamos que, a representação sem poderes deve ser considerada nula pois a realização de um ato por representação nasce de uma vontade certa, não permitindo lacunas e interpretações diversas daquela primitiva.

³⁵ REALE, Miguel — *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

IX – DA GESTÃO DE NEGÓCIOS ALHEIOS

O tema da presente dissertação destaca neste capítulo com propriedade. Isso porque poucas pessoas estudam o ato unilateral denominado “gestão de negócios” onde no Brasil está disciplinado no artigo 861 do Código Civil.

Portugal também trata da matéria e leciona sobre as obrigações trazidas no regime jurídico da gestão de negócios (*negotiorum gestio*) classificando-as com duas etapas (do *negotiorum gestor*) e (*dominus negotii*).³⁶

Certo é que gerir por iniciativa de alguém um ou mais negócios de interesse alheio sem estar encarregado ou obrigado pelo *officium* que desempenha se revela como uma atividade unilateral dando origem a relação jurídica entre quem faz a gestão (*negotiorum gestor*) e aquele em cujo interesse atua (*dominus negotii*).

O artigo 464 do Código Civil português assevera que:

dá-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direcção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizado” traduzindo-se a sua ação numa intervenção na esfera jurídica de outrem sem a sua autorização seja ela de ordem legal ou convencional.

Na verdade, desde os primórdios da história do homem já existem práticas de ações em favor de interesses alheios.

No entanto, nesta época, referidas ações eram confundidas por sentimentos de solidariedade, moral e ou religião.

Desta feita, o Direito Romano trouxe para o campo jurídico assim asseverando:

se alguém houver administrado os negócios de outrem, porém, sem mandato, se determinou que eles estavam reciprocamente obrigados ; e por tal motivo se produzirão as ações que chamamos de gestão de negócios, com os quais igualmente podem litigar reciprocamente sobre o que de boa fé deve um dar ao outro.³⁷

Por essa razão, no direito romano, a gestão de negócios era classificada como um “quase-contrato” possibilitando inclusive uma ação reivindicando a posse ou a propriedade sobre uma coisa (ação reipersecutória) e se destacando por dispensar o consentimento das partes.

Exatamente no período em que foi marcado pelo fim da antiguidade Clássica e início da Idade Média (Século VI), surgiu a gestão de negócios, como o mandato.

³⁶DIREITO WIKI — *Gestão de Negócios*. [Em linha]. (Consult. em 13 set. 2023). Disponível em: https://direitoportugal.fandom.com/wiki/Gest%C3%A3o_de_neg%C3%B3cios

³⁷ LOPES, M.M de Serpa — *Curso de Direito Civil*, p. 21.

A indústria marítima não somente é considerada pilar do comércio internacional como também foi pioneira pelo marco da gestão de negócios juntamente com as guerras ocorridas a partir daquele período.

O convencimento da intenção de criar obrigações para aquele que não é o proprietário da coisa (*dominus*) e atuar com o propósito de realizar um negócio e não uma liberalidade era necessária para configuração da gestão de negócios.

Destaca-se ainda que referida administração cria para o gestor muitas obrigações assim como a de prestar contas, de transferir os rendimentos que eventualmente apurou, encerrar a gestão iniciada e ainda poderá responder por dolo e culpa.

Ebert Vianna Chamoun³⁸ lecionou sobre *dominus* e da devida obrigação de reembolso dos gastos e sobre a concordância dos atos.

Um exemplo de gestão de negócios desta época pode ser apontado como vários atos de funeral onde ocorria sem que o agente tivesse recebido qualquer mandato e sem o ânimo de agir realizando no lugar da pessoa responsável por este ato.

O direito Italiano também estuda e qualifica a gestão de negócios.

Assim como no Direito Romano, os italianos também qualificam a gestão de negócios como “quase-contrato” destacando que a voluntariedade e a espontaneidade estejam presentes na atuação de negócios alheios.

Há ainda o sábio ensinamento de Roberto de Ruggiero:

quando alguém se ocupa de um negócio de outrem, é razoável que por um lado o gestor deva geri-lo com cuidado e dar conta de sua gestão, restituindo ao *dominus negotii* tudo o que recebeu e por outro lado que aquele cujo negócio é gerido o reembolse de qualquer despesa e se indenize por qualquer ônus assumido por motivo ou por ocasião do negócio.³⁹

Não podemos deixar de destacar que as intromissões nos negócios alheios revelam como um poder ou ainda um direito protestativo (incontroverso) jamais podendo ser qualificado como um dever.

Referido instituto tem caráter social estimulando a prática de atos de apoio ao próximo.

A prestação de serviços dessa natureza busca benefícios ao dono do negócio ou até mesmo a sociedade e se realçando não existir um mandato ou obrigação de natureza legal ou contratual.

A gestão de negócios é sem dúvidas um caso de representação sem conferir poderes.

³⁸ CHAMOUN, Ebert Vianna — *Instituições de Direito Romano*, p. 397

³⁹ RUGGIERO, Roberto de — *Instituições de Direito Civil*, pp. 378-380.

Grandes controvérsias existem sobre a natureza da gestão de negócios.

Considerando que a atuação de uma das partes acarreta uma relação jurídica revestida de direitos e obrigações para ambas e analisando o ato do gestor visando satisfazer uma necessidade cujo objetivo principal é atender a demanda econômica e social daquela circunstância, podemos classificar a natureza da gestão de negócios como “*sui generis*”, ou seja, de espécie única. A singularidade e a peculiaridade das ações realizadas no ato da gestão de negócios revelam como características principais e essenciais da gestão de negócios.

Em Portugal, país reconhecido e ocupando uma das melhores posições para os apreciadores de vinhos, temos um exemplo clássico da gestão de negócios quando nas quintas de Portugal, alguém atua como gestor do negócio alheio ao aplicar remédios para a eliminação de pragas que infestam as vinhas do vizinho. Neste ato o agente está atuando principalmente para proteger a sua vinha mas seu ato beneficia o dono.

Por isso a gestão de negócio apresenta uma relação entre o interesse social com o particular.

Não podemos deixar de destacar também que há impedimentos do ato da gestão de negócios. Um exemplo muito comum é o direito de voto onde o eleitor somente pode exercer seu direito e seu dever sem nenhum mandato seja formal ou no ato praticado. Em situações de júri também há impedimento de ser exercido por terceiros.

X – DA INTERNAÇÃO DE FAMILIAR EM HOSPITAL

Caracterizada pela atuação do gestor sem prévia autorização do dono do negócio que exerce sem mandato, temos um caso muito comum em situações de internações em hospitais.

Trazendo o ocorrido e já uma consequência daquele ato que obrigue a busca pelo direito, temos a situação de uma pessoa sem consciência diante de determinada doença e segue para internação. Referida pessoa que o internou e preencheu toda documentação junto aquele hospital seria responsabilizada por exemplo pelo pagamento das despesas caso o paciente após a alta deixe de liquidar o débito?

Considerando que neste ato haverá um contrato, dependerá da sua devida formalização para saber quem seria o polo passivo de eventual demanda judicial.

Por isso a importância dos textos nos instrumentos de contratação.

Assim, se o dono do negócio constou como o contratante e apenas aquele gestor assinou em seu nome, a cobrança será em desfavor dele. Já, se o contrato foi firmado pelo próprio gestor, referida instituição hospitalar poderá ingressar com demanda judicial para receber dele eventual descumprimento.

Vejamos um exemplo ocorrido no Brasil:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE DO FAMILIAR QUE FIRMA O CONTRATO. GESTÃO DE NEGÓCIOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. SENTENÇA REFORMADA.⁴⁰.

O ato da celebração do contrato firmado perante o hospital resolve a situação. Isso porque neste instrumento é possível declarar qual a pessoa que assumirá as obrigações e direitos do contrato, neste caso elegendo a cláusula *pro amico eligendo* indicando que aquele cidadão adoecido será o sucessor contratual o que ainda caberá analisar o consentimento e demais peculiaridades do caso.

⁴⁰ TJDF — Acórdão n.º 1004023, 20130310174820APC, Relator: Simone Lucindo 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/03/2017, publicado no DJE: 27/03/2017, p. 233/251.

XI – DA RATIFICAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS

Há situações em que o dono do negócio ou da coisa desaprova a gestão justificando como ações praticadas opostas aos seus interesses.

Se isso ocorrer de forma pura e simples, referida ratificação retroage ao dia do início da gestão refletindo em todos os efeitos do mandato.

Porém não podemos confundir que, para validar a ratificação, estamos obrigatoriamente prevendo a existente de um mandato.

O artigo 873 do Código Civil brasileiro dispõe sobre a ratificação e claro está que, ocorrendo este ato aplicam-se os princípios do mandato. Se não ocorrer a ratificação, serão observados os princípios especificados no campo de gestão de negócios. Por essa razão, de extrema importância avaliar se ocorreu a aprovação ou rejeição da gestão pelo dono.

A ratificação transforma os atos praticados pois ela transfere ao dono as ações praticadas pelo gestor. Ganha assim a estrutura de negócio jurídico unilateral irrevogável podendo ser expressa ou tácita.

Como sabemos os atos praticados por aquele que não foi constituído , ou seja, sem poderes e consequentemente sem mandato, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, excetuando a regra em caso de expressas ratificações.

O ato de ratificar deve ser expresso ou resultar de ato inequívoco, retroagindo sempre à data do efetivo exercício daquela ação.

Decisões dos Tribunais portugueses observam com precisão o tema. Como exemplo pontuamos uma decisão da relatora Silva Gonçalves na Sétima Secção em um Acórdão do STJ quando asseverou que a ratificação pode ser trazida na peça defensiva.

A ratificação é assim a validação, ou seja, a confirmação expressa de algum ato do mandante excluindo assim qualquer carácter duvidoso.

Sempre que confirmada referida atividade do mandatário pela ratificação, seu efeito é retroativo, entendendo-se como se o mandato fora outorgado desde a prática do ato.

A ratificação somente poderá ser efetivada pelo dono do negócio ou pelo seu representante legal com os respectivos poderes especiais para realização do ato.

Em situações de CNPJ, ou seja, pessoa jurídica, também será possível ratificar pelo devido representante.

Não podemos esquecer que existem situações em que a gestão foi iniciada de forma diversa da vontade manifesta ou presumível do interessado mas que independente de estarmos

tratando do mandato (assim como nestes atos que possibilitam a ratificação) ou da gestão de negócios alheios sem instrumento, responderá o gestor inclusive pelos casos fortuitos em situações que os danos ocasionados durante a gestão tenham excedido o proveito.

Mais uma vez temos a importância do tema e suas características onde desmembra inclusive na representação com poderes, sem poderes e na gestão de negócios alheios sem o consentimento.

A utilidade do presente estudo destaca a cada parágrafo. Devemos observar com atenção se a representação foi iniciada formal, verbal ou pela simples realização do ato exercido sem qualquer formalidade e sequer com o consentimento do dono do negócio.

XII – DA RESPONSABILIDADE DO REPRESENTANTE E SEUS EFEITOS

O presente estudo relaciona a representação sem poderes e suas diversas formas de ocorrer.

A todo tempo enfatizamos a importância do instrumento ser extremamente bem elaborado inclusive com a menção de poderes especiais. A vontade é o impulso dos atos e dos negócios jurídicos. Essa manifestação deve ser expressa de forma idônea para que o ato se desenvolva no campo jurídico e no universo negocial. Se essa vontade não corresponder ao desejo do agente, o negócio jurídico torna-se susceptível de nulidade ou anulabilidade. Os requisitos essenciais ao exercício do mandato devem sempre ser observados.

Temos ainda que analisar sempre se aquela vontade declarada não está revestida de nenhum vício ou defeito que a torna anulável.

Dentre os defeitos do negócio jurídico temos o erro, ignorância, dolo, coação, lesão, estado de perigo e os vícios sociais (boa fé).

Mais uma vez enfatizando a importância desse estudo, temos que, na situação de representação sem poderes, nenhuma dessas situações foram identificadas. Há uma situação peculiar a ser analisada.

O mandato sem a devida representação indica que os poderes para agir em nome do mandante estão lacunosos.

Em Portugal, os atos praticados por um representante sem poderes são conhecidos como "*falsus procurator*" e são ineficazes em relação à pessoa em nome da qual se celebrou o negócio, salvo como já tratamos se tiver lugar a ratificação (art. 268º, nº 1).

Quando ocorre a representação sem poderes, na maioria das vezes o representante responderá pelo ato e na legislação portuguesa, justifica referida ato na responsabilidade pré-negocial tratada no artigo 227 ou na existência de uma promessa tácita de garantia.

O artigo 1180 do Código Civil português ainda determina que havendo mandato sem representação e agindo o mandatário em nome próprio ou agindo em nome de terceiros, este é responsável e adquire os direitos e obrigações decorrentes dos atos que celebra.

Quando da criação da lei, o entendimento foi de que aquele que subscreve um documento torna responsável pelo seu conteúdo e obrigações pois está aprovando seu conteúdo e assim assumindo as responsabilidades dele oriundas.

Carneiro da Frada ensina: “onde os efeitos de uma conduta logrem ainda explicar-se como decorrência de um acto de autonomia privada, a protecção indemnizatória das

expectativas não é susceptível de desempenhar papel algum: tudo se reconduz à violação de uma adstrição negocial”.⁴¹

Há ainda que destacar o princípio da tutela da confiança que nasce e é desenvolvida no plano das expectativas. E dando continuidade a seu entendimento Carneiro da Frada assevera que "a tutela da confiança permite colmatar lacunas de protecção que a teoria do negócio tem de deixar em aberto por não lograr ainda assim abranger o espaço correspondente."

A representação aparente nasce da confiança mas não tem força de validade jurídica.

Sabemos que a teoria da aparência não é uma novidade no Direito estando inclusive inserida no Regime Jurídico do Contrato de Seguro e prevista no n.º 3, do art.º 30º, do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16/04/2008.

Mesmo ausente na lei geral a tutela de confiança merece ser observada quando o tema é representação sem poderes, afinal, há a prática de atos em favor de terceiros abraçando assim a responsabilidade contratual e extracontratual.

Assim, certo é que os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele cujo nome foram praticados e ainda caberá ao mandatário indenizar qualquer dano ocasionado por culpa sua ou eventualmente a quem substabelecer.

Há ainda que ser considerado se à época, o representante sem poderes conhecia a falta de legitimidade e se isso ocorrer poderá haver indenização pelo descumprimento do contrato.

A responsabilidade pré-negocial deve sempre ser analisada pois é em função dela que se caracteriza eventual dano e indenização.

Mota Pinto⁴² afirma que: “[o]s actos praticados por um representante sem poderes ou «falsus procurator» (com falta total de poderes representativos ou com excedência dos poderes que lhe foram atribuídos) são ineficazes em relação à pessoa em nome da qual se celebrou o negócio, salvo se tiver lugar a ratificação (art. 268.º, n.º 1)”.

E a figura da ineficácia do negócio não recebe o mesmo tratamento comparando as partes (representado e representante) por isso a importância de entender o momento do conhecimento da ausência da representatividade pois não ocorrendo a ratificação, o representante sem poderes por alguns doutrinários também denominado “falso procurador” responderá pelo que chamamos de interesse contratual negativo.

O negócio realizado sem poderes é ineficaz de forma absoluta.

⁴¹ CARNEIRO, Frada — *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, pp. 66-67.

A ineficácia do negócio não protege as consequências daquele ato, existindo assim, embora ineficaz a transação realizada, a obrigação de indenizar pela confiança, expectativa e aparência do negócio.

Em Portugal tal ocorrido não causaria surpresa uma vez que no regime da venda de bens alheios (artº 898º) já existe a previsão sobre boa fé e suas consequências.

Por analogia do artigo supra a responsabilidade ali indicada pode ser utilizada aos danos de confiança ocasionados se conhecesse a situação desde o início ou definitiva do negócio.

A culpa na formação dos contratos prevista no artigo 227 do Código Civil português é outra opção para aplicar a este tipo de situação.

Não observar o princípio da boa fé em qualquer situação e sobremaneira na formação do negócio, viola deveres pré-negociais e acentua quando ocorre a "legitimidade representativa".

Assim, a ineficácia definitiva do negócio é medida que se impõe em situações de irregularidade da representação.

É importante ainda destacar que a indenização corresponde ao montante que a parte envolvida alcançaria se o negócio estivesse devidamente representado.

Os vícios da vontade deverão sempre ser avaliados por quem concedeu os “poderes”.

Devemos sempre pautar quando alguém se apresenta como representante de uma pessoa que carece de capacidade de exercício e dessa ação resultar danos para terceiros. O fato de assumir um papel negocial sem condições para tanto o responsabiliza pelo ato.

A representação tolerada ou aparente deve sempre ser responsabilizada.

Sobre esta questão recorreremos à lição do acórdão do STJ 26/01/2017 que tratou da representação tolerada.

Diante de toda situação certo é que Tribunais são rigorosos quando não há observância da lei.

Sempre será punido aquele que agir contrário aos princípios e a lei.

Por isso, quando o ato criado pela aparência de direito causa um efetivo prejuízo àqueles que legitimamente confiaram há previsões expressas de punições assim como o artigo 1.015 do Código Civil brasileiro que dispõe sobre o caráter oneroso do ato praticado pelo representante que excede culposamente os seus poderes ao enfatizar em seu parágrafo único

⁴² PINTO MONTEIRO, António; MOTA PINTO, Paulo — *Teoria Geral de Direito Civil*, p. 549.

que o excesso poderá mesmo ser eficazmente oposto aos terceiros de boa-fé se tratar-se de operação estranha aos negócios da sociedade.

Exatamente por esta razão que, quando depararmos por exemplo, com atos unilaterais como a doação, em que o prejuízo é total, caberá possível anulação.

As expectativas alheias serão sempre indenizadas ainda que, assim como no ordenamento civil português não exista uma consagração geral mas há dispositivos legais protegendo a confiança.

XIII – DA SÚMULA BRASILEIRA 115 DO STJ (AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO NOS AUTOS)

O termo da representação sem poderes é extremamente clássico e não se esgota.

Neste capítulo estudaremos seus impactos também na esfera Superior quando da interposição de Recursos no Superior Tribunal de Justiça.

A súmula 115 do STJ no Brasil publicada em 07 de novembro do ano de 1994 diz que “na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”

O objetivo da Súmula foi dar mais força e evitar outras controvérsias ainda que, o artigo 37 do Código de Processo Civil já regulamentava a matéria ao dispor: “Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo”.

Assim, ainda que a peça recursal atenda a todos os requisitos de tempo, preparo, legitimidade e demais formalidades, sem o devido instrumento, não haverá apreciação de mérito.

Desta feita, muitos recursos não foram conhecidos e o órgão competente não apreciou o mérito pela ausência do instrumento de mandato que deveria acompanhar aquela petição.

Algumas teses defendiam a validação exigindo a concessão de prazo para devida regularização assim como ocorre no tramite de ações.

Várias críticas em relação a este entendimento jurisprudencial ocorreram assim como o doutrinador Daniel Assumpção Amorim Neves que assim afirmou: “o entendimento é de todo lamentável, até mesmo porque a melhor doutrina aponta para a incapacidade postulatória como vício sanável e, por consequência lógica, jamais situada no plano da existência jurídica”⁴³.

Com a aprovação da Lei 13.105 do ano de 2015 quanto introduziu no Código de Processo Civil a autorização para que o vício da peça de defesa sem o instrumento de mandato pudesse ser sanado com a concessão de prazo, o que poderia ensejar o cancelamento da súmula e encerramento de qualquer discussão a respeito não ocorreu.

Referida lei taxativamente permitiu a suspensão do processo e a fixação de prazo razoável para regularização do ato e assim a Súmula 115 do STJ não se coaduna com a nova regra oportunidade na qual todos esperavam e inclusive houve solicitação de cancelamento da súmula.

⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção — *Manual de Direito Processual Civil*, p. 59.

Na Comissão de Juristas ocorrida na Câmara dos Deputados, Fredie Didier Jr comprovou que referida questão não se apresenta como inexistência, mas, sim, de ineficácia do processo ou do ato e trouxe argumentos sobre a falta de poderes e a ratificação⁴⁴.

A Ordem dos Advogados do Brasil formalizou um ofício pleiteando o cancelamento da Súmula e justificando pela incidência do Código atual de 2015 que permitiu a suspensão do feito e apresentação do instrumento sanando referido vício.⁴⁵

Porém apesar de toda situação o Superior Tribunal de Justiça não cancelou referida Súmula afirmando que a súmula permaneceria válida.

Acrescentou assim um caráter de interpretação ao definir que, se o recurso for interposto sem a procuração o Ministro, antes de considerar inexistente, intimará a parte para que regularize dentro de determinado prazo.

A Súmula assim recebeu caráter interpretativo acrescentando ao seu entendimento os artigos 76 e 932 (parágrafo único).

O Código Civil de 2015 afrontou muitas súmulas tornando-as incompatíveis com o novo ordenamento jurídico.

Dentre tantas intercorrências, temos a questão da representação mais uma vez exigindo estudos já que a ausência de um mandato no momento da interposição do recurso no entendimento dessa súmula torna inexistente o ato.

Há neste caso um exemplo de representação sem poderes, ou seja, a peça foi devidamente apresentada, ocorreu a representação e a consequente defesa de terceiros porém sem os devidos poderes para exercício daquele ofício tornando assim inexistente referido ato jurídico.

Esse entendimento não foi cancelado mas sim revogado tacitamente com o novo dispositivo que determinou que os vícios sanáveis como este deverão ter concessão de prazo para regularização.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie — *Curso de Direito Processual Civil*, p. 276.

⁴⁵OAB — *OAB requer ao STJ o cancelamento da Súmula 115*. [Em linha]. Consult. em: 4 maio 2023. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2016/05/oficio-645-francisco-falcao-stj-cancelamento-de-enunciado-sumula-115-stj-1157461661.pdf>.

XIV – DA TEORIA DA APARÊNCIA

Como não trazer referida teoria para o presente estudo uma vez que a base dessa teoria é a proteção do terceiro.

Sabemos que não há previsão legal mas a teoria da aparência foi abraçada pelas jurisprudências em todo o mundo.

As consequências jurídicas dos atos daquele que agiu de boa fé e sobremaneira a confiança legítima se consubstancia num princípio não escrito com força de lei.

Em Portugal a teoria da aparência é também denominada como Representação Aparente.

Carneiro da Frada afirma que tudo se reconduz à violação de uma adstrição negocial⁴⁶.

Há muitos julgados portugueses que defendem que por exemplo um acordo de revogação enquanto negócio jurídico, por força da representação aparente e da tutela da confiança, passa a vincular as partes, da mesma forma que o agente, que age sem poderes de representação, vincula o principal.

A boa fé muitas vezes traz várias respostas e respaldos para decisões nos Tribunais dando força para a teoria da aparência.

Muitas vezes a teoria da aparência protege e faz valer os dispositivos que tratam do abuso de Direito assim como previsto no artigo 334º, do Cc. Português.

Referida questão foi tratada inclusive no Acórdão do STJ no ano de 2016 em Portugal onde afirmou que o abuso do Direito, é considerada uma "cláusula geral de segundo grau"⁴⁷.

Tribunais portugueses tratam essa questão como força da "representação tolerada", sob pena de abuso de Direito que se qualifica como um exercício de um direito de forma inesperada de acordo com os princípios da boa fé.

A teoria da aparência para os Tribunais no Brasil reconhece efeitos jurídicos em situações evidentes podendo ser aplicada em diversas realidades fáticas envolvendo relações de consumo, trâmites processuais e até mesmo em responsabilidades civil.

Trata de uma situação jurídica inverídica ocasionada por uma pessoa de boa fé tornando assim referido fato real e transformando assim em uma situação jurídica verdadeira.

⁴⁶ CARNEIRO, Frada — Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil", pp. 66-67.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA — *Acórdão n.º 14/2016*, Uniformizador de Jurisprudência, publicado no DR, 1ª Série, n.º 208, de 28/10/2016.

Um exemplo muito comum da teoria da aparência é quando considera válida a citação da pessoa jurídica realizada em seu endereço a um terceiro que não contestou ou resistiu ter poderes para referido ato.

No campo do direito do consumidor, a teoria da aparência cada vez mais ganha espaço e reconhecimento. As marcas famosas por exemplo, diante da confiança de seu público, autorizam a responsabilidade do fornecedor ainda que não fabricante se a venda for realizada com aquele “título” reconhecido. A legislação consumerista levou à conclusão de que o conceito legal do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, que deve assumir a posição de real fabricante do produto perante o mercado.

Ocorreram também vários julgamentos de situações da teoria da aparência em situações de saúde. Entendem pela responsabilidade solidária das cooperativas de trabalho médico integrantes de idêntica rede mesmo com personalidades jurídicas e localizações diversas exatamente pela fundamentação da existente da teoria da aparência.

É possível inclusive a aplicação da teoria da aparência para afastar suposto vício em negociação realizada por pessoa que se apresenta como habilitada para realização de determinado ato desde que o terceiro tenha firmado o ato de boa-fé.

Outro exemplo muito comum da teoria da aparência que valida um ato jurídico é quando realiza busca e apreensão em sede de determinada empresa por pessoa que, embora tenha deixado de ser sócia formal da empresa permaneceu assinando documentação.

A boa fé se destaca nos contratos e é identificada na lealdade das relações sociais.

Os comportamentos e as declarações de vontade protegem uma situação aparente que é dita como verdadeira passando a ser revestida de segurança nas relações jurídicas. Explicar, dar validade e viver da noção de aparência do direito, considerando todas suas implicações, bem como trazer isso para uma dissertação não é tarefa árdua.

Delinear a eficácia e os efeitos dos atos praticados com aparência de titularidade merece de fato uma análise minuciosa.

Se já conhecemos e tratamos há anos o princípio da boa fé, neste campo estamos revelando um princípio tão importante quanto e moderno, qual seja, princípio da tutela da confiança.

Unir a teoria da aparência em situações de confiança e ainda validando como norma jurídica, é extremamente desafiador.

Paulo César Batista de Faria⁴⁸, um famoso violinista brasileiro em sua canção “Sei Lá Mangureira” trouxe um trecho que chamou muita atenção ao compor os olhos, as mãos e os pés nos permitindo refletir que muitas vezes não precisamos buscar respostas. No entanto, admitir que, de uma situação aparente possa surgir um fato para um direito e muito além disso, se enquadrar no ser e no dever se é merecedor de juízos fundamentais que tragam o tema para o campo jurídico sem permitir estar marcada pela insegurança do homem e principalmente da norma jurídica.

Sem dúvidas, as regras sem nenhuma exceção pressupõem uma interpretação que por sua vez exige uma compreensão.

Jean Sartre⁴⁹ sempre asseverou que a existência precede a essência e é exatamente sobre essa tutela que o presente estudo trata e é um tema que não se esgota.

⁴⁸ FARIA, Paulo César — *Sei lá mangureira*. [Em linha] Consult. em: 22 maio 2023. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/paulinho-da-viola/282506/> Consultado em 07-09-2023

⁴⁹ SARTRE, Jean-Paul — *O ser e o nada: ensaios de ontologia fenomenológica*, 2003.

XV – DO ADVENTO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A VIDA DOS NEGÓCIOS

O movimento constante do comércio e as necessidades sempre ativas da vida dos empreendedores e das indústrias em geral trouxeram a teoria da aparência jurídica. Isso porque, nosso ordenamento jurídico visa proteger os interesses legítimos e sustentando o que parece ser real revestindo de validade alguns atos aparentemente verdadeiros concedendo inclusive os mesmos efeitos jurídicos que a lei atribuiria aos atos reais.

A segurança das transações exige sempre uma negociação que se inicia com a aparência regular. Um exemplo muito comum são as redes de franquias onde com o crescimento acelerado do Sistema de Franchising no Brasil exigiu a criação de lei própria (Lei nº 8.955/94) e em 26 de dezembro de 2019 recebeu nova sanção (Lei 13.966/19).

Ao receber a cessão do direito de uso da marca e eventual patente e consequentemente todos os direitos nesta atuação empresarial autônoma exige a observância de vários tópicos sobre a representação na esfera jurídica.

Aquele que recebe a concessão de uso tem direitos e obrigações para atuar em benefício próprio e também em benefício do detentor da marca. Temos assim a figura do franqueador valendo-se da própria atividade e também em prol de terceiros ao oferecer a conjuntura de desfrutar do consagrado e notável nome da sua marca. Assim, franquia é o termo utilizado para designar a unidade de negócio ou do empreendimento disposto, operado e sob a gestão do franqueado, que reproduz a operação do franqueador sendo assim objeto do presente estudo pois vai ao encontro da proposta deste trabalho.

Seria a franquia uma forma de representação sem poderes?

A atuação do franqueado frente a sua loja utilizando da marca e do produto de terceiro sem todas as descrições no corpo do contrato de franquia (o que entendemos como substituição ao instrumento de mandato) pode ser qualificado como uma gestão de negócio alheio?

As respostas a essas questões exigem maiores detalhes e inclusive análise das origens.

Estudos apontam que a criação desse sistema de representação (franquias) teve início por volta do ano de 1850 nos Estados Unidos com o fabricante de máquinas de costuras (*Singer Sewing Machine Company*) pioneiro no sistema de cessão de marcas, publicidade, técnica de vendas a varejo e *know how*.

Temos registros de que o franchising se apresentou como a maior inovação do marketing pós-guerra, com intenso avanço nos EUA, Europa e Japão.

No Brasil, a franquia nasceu no ano de 1910 com uma famosa loja de Calçados de nome Stella.

Curiosamente essa mestrandia que ora escreve a presente dissertação é advogada e dentre suas atuações, presta serviços para uma rede de calçados femininos (Crysbella Calçados). Sua atuação advém de uma procuração ad negocia e algumas vezes também através do instrumento ad judicia. Já os franqueados possuem a relação jurídica formada através de um contrato de franquia onde constam todas as questões e regras para seguir o padrão daquela rede.

Em tese não estaríamos vislumbrando nenhuma representação sem poderes uma vez que, existem documentos formais muito bem elaborados. No entanto, podem ocorrer casos isolados de representação sem poderes.

Um exemplo seria o franqueado indevidamente adquirir produtos diversos do fornecido pela franqueadora e ainda utilizar-se do seu nome para alienação do produto ou serviço.

Pode então existir a representação sem poderes nas redes de Franquia.

Claro está que, a teoria da aparência bem como a teoria da confiança se apresenta no caso em tela e, detectado o ato, merecendo as devidas punições ao infrator.

Talvez, pela complexidade e peculiaridades do exercício dessa gestão, se fez necessária a criação e posterior complementos e alterações na lei específica de franquia.

Em Portugal não há normas específicas para esse sistema de franchising seguindo os padrões do Código Deontológico Europeu que dispõe de regras primordiais de boas maneiras.

Os portugueses classificam esse sistema na obediência ao saber-fazer (*Know How*) e elencam três fatores primordiais para o bom andamento das redes. Primeiramente destaca o secreto (que não é de conhecimento de todos), depois tem o elemento substancial (transferência de informações e treinamentos) e por fim o agente identificado (partes devidamente ajustadas e contratadas bilateralmente).

Considerando que a lealdade e equidade são primordiais nas relações recíprocas entre os franqueados e franqueadora, tanto a teoria da aparência quanto a de confiança devem ser acolhidas neste negócio.

Em Portugal, o contrato de Franchising deve estar em conformidade com o Direito Nacional, com o Direito Comunitário e com o Código de Deontologia.

Exige ainda que os contratos de Franchisings definam sem lacunas todas os compromissos das partes em cláusulas que especifiquem os direitos do *Franchisador* e do *Franchisado*, os bens ou serviços prestados ao *Franchisado*, as obrigações do *Franchisador* e

do *Franchisado*, as condições financeiras para o *Franchisado*, a duração do contrato com observância expressa a devida compensação dos seus investimentos iniciais e específicos do Franchising bem como as condições de renovação do contrato, as condições em que poderá ocorrer a cessão ou transmissão e preferência dos direitos do *franchisado* decorrentes do contrato, as condições de utilização ou qualquer outro indicativo concentrador do público atraído pela marca dentre outras questões essenciais para esta relação tão importante.

Temos assim que o direito comercial sem dúvidas é campo fértil para aplicação da teoria da aparência. Isso porque a velocidade do campo dos negócios muitas vezes não possibilita um estudo peculiar das situações jurídicas obrigando a aplicação da teoria e, vários atos.

A busca pela proteção aos terceiros que agem de boa fé deve ser totalmente mantida no campo dos negócios.

As operações jurídicas devem sempre adaptar às necessidades de ordem social.

Não podemos deixar de esclarecer que a teoria da aparência deve prevalecer quando equiparada a um princípio geral de direito com ênfase aos princípios da boa fé dos terceiros.

Conceituar a boa fé na definição legal é retornar a origem e reforçar que o mandato é um contrato de prestação de serviços em que o prestador deve agir em favor do outro de acordo com as instruções recebidas, ou seja, atuando com boa fé na formação do nexo obrigatório, reclamam-se respeito mútuo e intenção séria.

Em todo o mundo, o direito aperfeiçoa-se ao enfatizar a notabilidade dada à boa-fé. Há inclusive a consagração do princípio da boa fé expresso em diversos códigos.

Na Suíça, por exemplo, temos no Código Civil Suíço os artigos 2º e 3º advertindo que todos os direitos e todas as obrigações hão de se exercer a executar dentro de condutas determinadas pela boa-fé. Na França por sua vez, o artigo 1.135, do Código Civil Francês exprime que as convenções devem ser travadas de boa-fé. Na Alemanha há o artigo 157 do Código Civil Alemão dispondo que os contratos interpretar-se-ão como exigem a boa-fé e a intenção das partes, determinadas segundo os usos. O mesmo destaque sobre a boa fé foi também conferido nos artigos 1.366 e 1375, do Estatuto Civil Italiano onde também constam observações e ênfase na interpretação do contrato.

Em Portugal, além de receber a devida atenção, as normas enriquecem o tema ao dispor sobre a divisão da boa fé e a qualificando como subjetiva e objetiva.

Antônio Menezes,⁵⁰ avaliando sobre o tema descreve que a boa-fé subjetiva estimará a conduta do lesado, que agiu sob o impacto de determinada aparência gerando confiança enquadrando assim referida situação de ordem subjetiva e de cunho psicológico. Sempre que o terceiro prejudicado pleitear pelos reparos, deverá avaliar a boa-fé subjetiva com base na Teoria da Aparência principalmente porque de forma isolada, a boa-fé objetiva não será suficiente para isentar determinada conduta, exigindo assim a análise e indagação sobre a boa-fé subjetiva (intenção e a crença).

Conclui-se positivamente as garantias trazidas pela teoria da aparência uma vez que, com ela e havendo os questionamentos devidos sobre a boa-fé objetiva, valorizará o comportamento daquele que anuiu ao negócio jurídico por aparência errônea.

No Brasil, o atual Código Civil recepcionou essa Teoria por meio de cláusula geral tratando no tema da interpretação dos negócios jurídicos (artigo 113), no exercício de direitos (artigo 187) e, no artigo 422, como norma de conduta imposta aos contratantes, seja para a conclusão seja para a execução do contrato.

Importante salientar que a boa fé também é tratada no Código Comercial no artigo 131, 1.

Temos então que a boa fé é cada vez mais avaliada e aplicada no Brasil, em Portugal e em todo o mundo.

Principalmente com o avanço da gestão de negócios no campo do direito empresarial.

⁵⁰ MENEZES, Antônio Cordeiro. *Da boa-fé no direito civil*, p. 1.290.

XVI – DA COMPREENSÃO DO DIREITO, DA COERÇÃO E DA MORAL

O tema sobre a representação sem poderes, no Brasil, ao mesmo tempo que, parece um assunto limitado, arcaico e sem transcendência, desperta atenções.

Sobre o tema, nunca se imaginou que algum tipo de norma jurídica não tivesse algum tipo de poder uma vez que, em tese, toda norma jurídica tem uma sanção. Ainda sobre o tema, asseverou que, uma procuração sem um objeto não pode ser qualificada como tal, pois, está desprovida de sua finalidade. Indagando sobre o tema continuou com a seguinte questão: Como existir um contrato bilateral sem a transferência de poder?

Em Portugal o tema parece consumido e é classificado como um assunto tradicional. Porém, estudiosos assim como o professor Doutor Alfredo Mendes assim o define: “O tema não é novo, antes pelo contrário é clássico, e em regra também mais exigente dado ser muito batido, mas não esgotado, na medida em que o direito, tal como a vida, está em permanente mutabilidade e este fenômeno, depende naturalmente do observador”.

Sabemos que na prática, o próprio interessado, com sua vontade, que atua em seus negócios jurídicos contraindo as obrigações utilizando da autonomia privada para atuar em seu benefício. Contudo, a representação é um instrumento jurídico válido e que possibilita que terceiro pratique atos da vida no lugar do interessado.

Se o poder de representação decorre diretamente da lei seria a representação sem poderes uma norma jurídica?

Faria sentido trazer o tema a debate e investigar a matéria?

A representatividade também paira discordância sobre sua classificação. Há dúvidas se ela enquadra na disciplina de Direito Público ou Direito Privado?

É possível vislumbrar em várias situações e assim em ambos ordenamentos.

Por exemplo, associações sindicais possuem prerrogativa legal de representar seus associados perante as autoridades civis e judiciais bem como há entidades protetoras dos direitos autorais também atuando em prol de seus associados.

No campo forense, quando o Juiz representa legalmente o devedor no ato de alienar o bem em determinada execução, há também a devida representação na esfera do Direito Público.

Exemplo comum é do tabelião quando atua como representante legal dos que lhe fazem declarações devidamente formalizadas em documentos públicos.

Apesar das dúvidas, é possível vislumbrar a representatividade aplicada no Direito Público e também no Direito Particular (sua grande maioria).

Sendo a norma jurídica responsável pela criação, declaração e da própria definição do direito o tema proposto e os exemplos já trazidos nesta dissertação, reveste a representação sem poderes da norma moral e jurídica.

Neste momento, destaca a grande importância do tema proposto. A moral e o preceito (norma) são dimensões compostas e com alcances no campo social por meio de regras que contornam a humanidade. A norma jurídica submete à obediência daquilo que é permitido descrevendo ainda condutas proibidas e ela também possui natureza autorizante possibilitando o emprego dos meios competentes garantindo que aquele que violou as leis irá ressarcir os danos ocasionados.

A base das normas jurídicas e morais são idênticas sendo ambas sustentadas pela ética e norteadas pela conduta humana.

A norma jurídica é bilateral onde de um lado temos a disposição e de outro a obediência. Como uma de suas características principais há a generalidade vinculada ao princípio da igualdade e da abstratividade já que os casos são regulados de forma hipotética. Por fim, a norma jurídica trata do poder psicológico que a lei tem aos seus destinatários na figura da coerção.

Por sua vez, as normas morais prescrevem comportamentos porém não permitem a utilização da coação ou qualquer outra forma, que possa determinar o cumprimento de alguma ação.

A norma moral é autônoma pois o sujeito é o seu próprio legislador. A garantia daquela norma é a própria consciência que opera na função de zelar e punir as condutas praticadas.

O filósofo Rui Barbosa⁵¹ descreveu com riqueza sobre o assunto ao afirmar que “A autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões.”

Um conceito excelente sobre moral é revestida pelo ensinamento das condutas do homem revestidas de justiça e equidade natural. Assim a moral se transforma com o passar do tempo e do espaço.

A confiança, a fé e a lealdade recíproca entre os cidadãos criou o princípio jurídico da boa fé que caminha ao lado da moral. A verdade, a honestidade e a capacidade de confiar na palavra acima de qualquer formalidade ou de testemunhas, também são sinônimos da moral.

É impossível evoluir em sociedade sem avaliar o direito, as normas morais e jurídicas.

⁵¹ RODRIGUES, Leda B — *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*, 1991.

A norma moral é espelhada na lei da natureza e elas se aperfeiçoam enquanto as normas jurídicas refletem a garantia como sua principal qualidade.

XVII – DOS PODERES REPRESENTATIVOS

A validade da representação exige o poder para atuar por outra pessoa obrigando que aquela ação vincule e beneficie o representado atribuindo os efeitos ao representado, como se fosse ele o autor da ação.

O poder de representação é constituído por lei ou pela vontade particular surgindo a partir daí duas espécies de representação (representatividade necessária e a representatividade voluntária, convencional).

A representatividade formalizada por mandato é aquela voluntária muitas vezes denominada de representação convencional. Ajustada de forma particular pelas partes. A representatividade necessária está relacionada à capacidade das pessoas.

Uma das representações mais conhecidas é a do representante legal, qual seja, aquele que recebe através de uma norma jurídica poderes para administrar bens alheios. Temos diversos exemplos clássicos como quando o genitor atua em favor do filho incapaz e também dentre outras situações quando há a necessidade de administrar os bens de uma pessoa incapaz, nomeando neste ato o curador que irá atuar na qualidade de representante legal.

Orlando Gomes⁵² assinalou sobre a representação legal e onde ela se afigura.

O representante legal possui poderes funcionais onde além da sua função principal de deter uma finalidade a ser exercida, há o aspecto de dever. Os poderes do representante legal tem carácter absoluto sendo impossível validar qualquer negócio jurídico que o representado efetive sem a participação e atuação de seu representante. Já na representação voluntária, os poderes são relativos e não existe nenhum impedimento do representado agir validando seus atos.

Um dos temas mais estudados até pelo seu carácter específico é o das representações com poderes especiais.

No campo jurídico temos as conhecidas procurações forenses que são aquelas outorgadas aos advogados para práticas de atos judiciais ou administrativos onde a descrição dos poderes tem suma relevância.

Alguns dos poderes especiais nestas situações são as descrições de manifestações taxativas como confessar a ação, desistir, transigir em audiência ou por documento formal sobre o objeto de determinada demanda de ordem judicial ou extrajudicial (advocacia preventiva).

⁵² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 339.

Outra questão muito importância quando estamos tratando de poderes especiais, são em situações de alienação de bens. Nestes casos a procuração deve ser específica exigindo a devida identificação do imóvel objeto daquele instrumento.

Nos termos do art. 892º do Código Civil português é nula a venda de bens alheios sempre que o vendedor careça de legitimidade para a realizar.

Proteção esta que também existe no Brasil e até dedicamos um capítulo específico na presente dissertação tratando do artigo 661, parágrafo primeiro e da repercussão da interpretação com caráter normativo em relação à extensão desse artigo. Isso porque neste dispositivo constou que para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

Outra situação de poderes especiais é quando se faz necessário negociar um contrato de compra e venda, recebendo valores e inclusive podendo dar quitação.

As instituições bancárias exigem para validade de qualquer ato realizado por meio de procuração, que os poderes sejam devidamente específicos e detalhados no corpo do instrumento. Muitas vezes não aceitando que seja procuração particular e sim lavrada em cartório para receber o caráter de procuração pública.

Há muitos contratos conferindo aos representantes poderes específicos para avaliar determinada promessa de pagamento total ou parcial (livranças) subscritos por um grupo de sociedade ou por pessoa física.

Outra situação onde merece ser exemplificada como ato que exige poderes especiais é o casamento realizado por procuração.

No Brasil, o artigo 1.542 do Código Civil autoriza a celebração do casamento por procuração assim dispondo: “O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.”

Exige-se para eficácia deste ato que a procuração seja pública devidamente lavrada junto a um Cartório de Notas e deve observar ainda a validade a contar da data da lavratura.

Em Portugal também é permitido tal ato e exige da mesma forma o instrumento formalizado e com os poderes específicos descritos para validade do ato.

É muito comum e também exigem poderes especiais, situações de representação entre cônjuges. Nessas situações, o consentimento conjugal precisa delimitar os atos que o cônjuge autoriza o outro a praticar.

Se um representado pretender conferir poderes para que o representante pratique a doação, é obrigatório cláusula de poderes especiais para esse fim identificando na procuração minuciosamente o objeto que será doado bem como qualificar o donatário.

Não podemos deixar de distinguir a grande diferença entre poderes especiais (conferidos ao representante para a prática de atos específicos) dos poderes gerais (conferidos ao representante para a prática de atividade genérica). Um exemplo habitual desta última são os exercícios desempenhados por procurador na administração de uma empresa ou imóvel.

Os poderes especiais deverão sempre ser peculiares a cada situação. Isso porque, insta observar que, quando, por exemplo, há conferência de poderes para a prática de um determinado ato jurídico principal, conseqüentemente existem poderes para a execução das atividades acessórias necessárias. Assim, não exige a descrição específica no corpo da procuração.

Certo é que, a declaração da vontade pode parecer tarefa simples, porém, é extremamente árdua. A representação, seus poderes, seus efeitos e sua validade nos obriga a investigação de forma peculiar cada matéria. Uma pessoa ao instituir poderes representativos não transmite apenas uma ideia mas sim diversas exigências formais para que aquele negócio seja validado.

XVIII – DA ATUAÇÃO COM EXCESSO DE PODERES

Já investigamos que aos efeitos da celebração de negócio em nome de outrem por pessoa sem poderes de representação acarreta a ineficácia do ato se não for por ele ratificado.

Porém um tema importante e também tratado em ambos ordenamentos jurídicos (Brasil e Portugal) é quando o negócio é realizado com a devida representação mas onde o representante agiu com excesso de poderes.

Nesta situação também ocorre a ineficácia do negócio jurídico.

Em Portugal o artigo 269º do Código português trata da matéria e esclarece que a ineficácia será determinada se a outra parte conhecia ou devia conhecer o abuso.

Temos então duas situações que devem ser devidamente avaliadas, quais sejam, a ausência de poderes no instrumento de representação e quando o representante excede os poderes dela constantes.

Pires de Lima e Antunes Varela no Código Civil Anotado muito bem explica sobre a existência de abuso de poderes e a devida declaração da ineficácia do ato.

Temos assim que o abuso de representação é verificada quando o representante com os devidos poderes descritos os exerce em sentido contrário ao seu fim ou às pretensões do representado.

No ano de 2015, o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra no processo 164/05.7TBVLF.C2 com a relatora Isabel Silva, referiu ao abuso de poderes e o desvio dos atos conferidos⁵³.

Os deveres de cuidado não podem ser falhos no exercido da representação. Não poderá o representante agir de forma contrária ou com excessos.

Quem agir violando o que expressamente estava descrito na procuração, ou seja, fora dos limites formais dos poderes que lhe foram outorgados, responderá por seus atos e referido negócio será declarado ineficaz.

E nestas situações nasce outra indagação que exige investigação.

Nessas hipóteses, o Tribunal poderá declarar a nulidade de determinado contrato e exigir a devida reparação ao abrigo do disposto nos artigos 286º e 289º do Código Português mesmo declarando ineficaz aquele negócio jurídico?

Mais uma vez teremos que interpretar a situação e principalmente seus efeitos.

⁵³ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA — *Processo 164/05.7TBVLF.C2*. Relatora: Isabel Silva.

Em muitas situações, os magistrados corrigem de ofício a falha na descrição jurídica do efeito desejado declarando a ineficácia daquela ação impugnada.

XIX – DA AUTONOMIA DA VONTADE

Não há como investigar a procuração sem poderes sem tratarmos dos efeitos jurídicos e da sua função emanada da vontade e liberdade individual nas relações entre as partes.

O Direito Civil traz a autonomia privada como um princípio e se apresenta de forma ampla disciplinando os interesses individuais mediante acordo de vontade surtindo efeitos na ordem jurídica.

Tarefa árdua investigar, entender e permitir a coexistência entre as liberdades das pessoas de acordo com as leis universais.

Considerar lícito tudo aquilo que não é proibido parece algo simples ou clássico assim como inicialmente parecia ser o presente tema desta dissertação ao nomear “Da Representação sem Poderes”.

Ao contrário, encontramos pontos lacunosos, curiosos, merecedores de estudos profundos e que se contrapõem ao princípio da competência. Falar de instrumentos de representação é falarmos da Constituição e das escolhas individuais mas validadas dentro das regras, dentro do que denominamos de liberdade juridicamente protegida.

A autonomia da vontade possui um campo geral de aplicação refletida na liberdade de contratar e referido princípio se identifica com os direitos subjetivos já que não cabe ao Estado, a nenhuma religião ou coletividade ou até mesmo a Constituição definir o que cada um pretende seguir e agir.

Ser livre possui o sinônimo de voz ativa no ambiente público sem esquecer que o direito como norma é regra de conduta social idealizando sempre o bem comum. Temos assim que o direito civil regula os interesses singulares coordenados com os interesses gerais.

Por isso a riqueza do presente tema já que o contrato representa a principal fonte dos direitos e das obrigações resultando da vida social e não podendo arquitetar sem ela.

A vontade social possui uma relativa autonomia jurídica limitada pelo direito objetivo.

Temos assim que, para que o direito de ação, ou seja, o direito subjetivo exista, necessário que, anterior a ele exista um direito objetivo de tutela que reconheça e defenda esse poder.

A base do direito é a lei, as normas e não a vontade.

Qualquer ação que for contrária à expressa disposição legal proibitiva ou preceptiva deverá ser considerada inválida e nesse mesmo sentido, qualquer ato que ofender a prática coletiva abrangendo o bem comum.

A doutrina portuguesa e as normas legais sempre utilizaram o termo reprovado para indicar o que é legalmente proibido.

O código civil português inclusive prevê há tempos (artigo 684) que nos contratos deve atentar aos usos e costumes.

Ainda sobre contratos o artigo 704 preceitua que os mesmos obrigam tanto ao que neles é expresso como às suas usuais e legais.

Assim, o uso comum sempre foi para a doutrina e lei portuguesa uma categoria social equiparado à lei no que tange a força dos contratos e suas efetivas consequências.

Claro está que há tempos o princípio da autonomia pertence ao campo das relações contratuais.

Nos tempos atuais a autonomia da vontade está encoberta por vários contratos de adesão onde a aceitação de determinada situação ocorre tão somente pela necessidade, sem concordar com todas as cláusulas.

Lucas Fernandes Falção⁵⁴ foi o primeiro jurista português a atrever-se a escrever acerca do Direito Internacional Privado adotando em matéria de estatuto obrigacional, a teoria savigniana da submissão voluntária das partes, mediante uma declaração de vontade expressa ou tácita que é em princípio a lei do lugar do cumprimento das obrigações.

A tese da autonomia da vontade foi formulada pela primeira vez em 1525, por Charles Dumoulin⁵⁵, sem literalmente determinar a lei aplicável mas sim, a delimitação pelas partes do local do cumprimento da obrigação.

Em relação ao entendimento brasileiro, a autonomia da vontade foi defendida, no ordenamento jurídico pelo estudioso Augusto Teixeira de Freitas, em meados do século XIX influenciado por Friedrich Carl von Savigny⁵⁶ principalmente tratando da matéria de obrigações contratuais.

Augusto Teixeira de Freitas defendeu, pelo menos implicitamente, a possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável aos contratos.

⁵⁴ Cf. FALCÃO, Lucas Fernandes — *Do Direito Internacional Privado*, 1868

⁵⁵ Sobre a construção deste célebre autor francês, cf., com algum pormenor, MARQUES DOS SANTOS, A — *op. cit.*, pp. 85-91.

⁵⁶ Cf. SAMTLEBEN, Jürgen — *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano*, pp. 345-351. [publicado igualmente em Sandro SCHIPANI (editor), Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, Pádua, CEDAM, 1988, pp.193,99]; Anna Maria VILLELA, "O Direito Internacional Privado no esboço de Teixeira de Freitas", in S. SCHIPANI (ed.), Augusto Teixeira de Freitas ..., p. 181. Sobre a influência do direito alemão sobre os "pais da codificação no Brasil — Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues Pereira, Francisco Lacerda de Almeida, Coelho Rodrigues, Clóvis Bevilacqua —", cf. BAPTISTA VILLELA, João — *"Deutsch-Brasilianische Rechtsbeziehungen in Geschichte und Gegenwart ausprivatrechtlicher Sicht*, p. 265.

O princípio da autonomia das partes em relação ao Direito Internacional Privado cresceu inversamente no que reflete a Portugal e Brasil uma vez que para os portugueses, a autonomia da vontade foi fartamente aceita em meados do século passado, ao passo que, no Brasil, ocorreu um verdadeiro retrocesso nesta matéria tendo como base a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1942.

O Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia⁵⁷, registrou a esperança de que algum dia se elaborasse "uma lei de conflitos comum aos dois povos de língua portuguesa" ou seja, a Portugal e ao Brasil. Ele defendia que a própria essência e fins do Direito postulam a identidade das decisões e dos julgados. Acreditava que para a efetiva harmonia jurídica e consequente eficiência, não pode a Justiça depender da latitude do lugar. Afirmava ainda que a relação da vida social com os dispositivos legais são exatamente os mesmos em todo local e considerava uma verdadeira calamidade e pura injustiça natural que situações jurídicas criadas no Brasil por nacionais portugueses não sejam reconhecidas como válidas em Portugal fazendo assim aproximar ao máximo os regulamentos de conflitos dos dois países no interesse do povo e em benefício de todos.

No Direito Civil português o princípio da autonomia da vontade prevalece como uma introdução de grande relevância da vontade individual e qualifica os direitos subjetivos como aqueles que fortificam e concluem os interesses individuais no que diz respeito ao domínio das relações sociais entre particulares. Dessa forma, podemos concluir que a autonomia é devidamente qualificada como o poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular.

Temos ainda que, pelo objetivo e importância do contrato no campo jurídico, o princípio da autonomia privada foi consagrado no domínio do Direito das Obrigações.

E não podemos deixar de ressaltar que os direitos da personalidade são intimamente ligados ao presente estudo uma vez que eles são revestidos pela condição humana que deve agir livremente, com discernimento e lícitamente.

António Menezes Cordeiro⁵⁸, estudou e avaliou a evolução doutrinária e jurisprudencial dos direitos da personalidade apontando como um preceito.

Voltamos assim a tratar do direito subjetivo, aquele emanado pela vontade. O estudioso Savigny⁵⁹, conceituou que o poder conferido ao titular do direito subjetivo sobrepunha-se a qualquer vontade estranha, representando, portanto, uma manifestação da

⁵⁷ Cf. FERRER CORREIA, A — *op. cit.*, p. 80.

⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes — *Os direitos da personalidade na civilística portuguesa*, p. 1230

⁵⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von — *Sistema do direito romano atual*, p. 84.

liberdade e era permeado por um significado ideológico, destinado a firmar as concepções liberais.

Posterior, no final do século XIX, o direito subjetivo recebeu a definição de poder da vontade, concedido pela ordem jurídica perdendo sua natureza ideológica e passando a ser um conceito técnico no entendimento do estudioso Diogo Costa Gonçalves⁶⁰.

Carlos Alberto da Mota Pinto⁶¹ ao tratar das relações sociais enfatiza ser impossível não valorizar o direito subjetivo reforçando que “negar o direito subjetivo ou deformá-lo é desconhecer a sua onnipresença técnica e o seu radicar ideológico.

Os doutrinadores portugueses defendem que o bem da personalidade deve sempre ser delimitado a fim de que possa suportar um direito subjetivo. Neste sentido, destacando o objeto imediato das relações jurídicas, destaca Luis A. Carvalho Fernandes⁶².

Totalmente distintos temos o Direito privado do Direito público e falar da autonomia da vontade, instrumentos de representação, direitos de personalidade, exige o entendimento de que o Direito privado dedica às ações diárias, ao convívio de igual para igual, ao espaço dotado de liberdade e de autonomia.

Essas relações privadas, no entanto, necessitam ser regradas pelas normas.

Embora unidas representadas por um mesmo corpo, a autonomia da vontade e autonomia privada podem ser consideradas lados opostos da mesma moeda considerando que a primeira é a vontade humana elevada à condição de base do liberalismo e a segunda representa a vontade humana adapta às necessidades e expectativas da sociedade em geral.

Toda e qualquer representação exige o exercício de uma atividade obrigatória, revestida de poder e constituída em função da necessidade de se atribuir a alguém a incumbência de cuidar dos interesses de terceiros.

A autonomia da vontade demonstrou ser um dos princípios fundamentais do Direito Civil em ambos ordenamentos jurídicos (Brasil e Portugal). Tratamos dele e dos direitos subjetivos envolvidos e não podemos deixar de destacar que ela se concretiza de forma objetiva quando da elaboração dos negócios jurídicos uma vez que se apresenta à disposição dos particulares, pela ordem jurídica, para modelar a seu termo as suas relações jurídicas.

⁶⁰ GONÇALVES, Diogo Costa — *Pessoa e direitos de personalidade*: fundamentação ontológica da tutela, p. 78.

⁶¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota — *Teoria geral do direito civil*, p. 124.

⁶² FERNANDES, Luis A. Carvalho — *Teoria geral do direito civil*, p. 106.

XX – DO PRINCÍPIO DA ATRAÇÃO DA FORMA NO BRASIL E EM PORTUGAL

No Brasil a terminologia do princípio da atração da forma está em diversos artigos do Código Civil ao se referir à “outorga de mandato”. O mandato possui natureza contratual e não permite a outorga, ato unilateral, mas constitui-se mediante a combinação de vontades do mandante e do mandatário recebendo a forma de contrato consensual.

O princípio da atração da forma foi constituído pelo artigo 657 do Código Civil brasileiro.

A anuência de poderes habilita o representante à prática de determinado ato e o legislador determinou que referida habilitação deverá estar revestida com as mesmas características do exercício a ser desenvolvido (prática do ato) para maior segurança jurídica.

O ato jurídico a ser realizado exige seriedade, responsabilidade e comprometimento e por essa razão, a norma exige para segurança da operação a outorga de poderes de representação revestida com as mesmas características do ato que ao final vinculará o representado.

No ano de 2002 iniciou o entendimento e dispositivo legal encerrando as controvérsias existentes sobre referido princípio afinal não podemos esquecer que os princípios gerais do direito são como Lei ou recebem o mesmo valor.

Em Portugal a intensidade do princípio da atração encontra-se reduzida e está regulamentada no artigo 219 do Código Civil português quando assim descreve: “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir.

O artigo 220 do Código Civil português continua tratando do princípio ao dispor que: “A declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei.”

A lei é muito clara e a forma exigida em determinados negócios confere-lhes validade e sem ela são nulos, ou seja, não produzem seus efeitos.

Mais uma vez estamos enfatizando assim a importância do presente estudo onde necessário formalizar da melhor forma as condutas, os contratos que estabelecem negócios jurídicos e sobretudo os atos de representatividade.

Um exemplo comum da aplicação do princípio da atração da forma em Portugal é quando existe uma renúncia ao exercício de um direito de preferência. Esse ato não exige

forma especialmente solene, encontrando-se pois sujeita ao princípio da liberdade de forma ou da consensualidade consagrado no artigo 219 do CCIV.

Constou por exemplo em um acórdão do Tribunal português que a liberdade contratual, no caso de alienação de bens imóveis situados em "zonas de protecção" é limitada, no que respeita à escolha do comprador, pelo reconhecimento sequencial do direito de preferência ao Estado, às autarquias locais e aos proprietários dos bens classificados - artigo 17 n. 2 da Lei 13/85 de 6 de Julho.

Seguiu o entendimento asseverando que não deve confundir-se titularidade abstracta do direito de preferência com o "dies a quo" fixado na lei para a contagem do prazo da respectiva exercitabilidade.

Nesse julgado decidia sobre a renúncia aludida que foi juridicamente qualificável como "abstracta", possui eficácia retroativa, eliminando pois retroativamente o direito de opção.

Foi salientado naquele julgamento que a eventual inobservância em primeira instância do disposto na primeira parte do artigo 526 do Código de Processo Civil — porque integradora, em abstrato, de nulidade secundária ou relativa, só arguível nos termos e prazos cominados nos artigos 201 e 205 do CPC - terá que ser naquela instância desde logo suscitada para que a respectiva decisão possa ser eventualmente posta em causa em sede de recurso jurisdicional. Finalizou o julgado afirmando que a exercitação de um direito potestativo (v.g. de preferência) - porque, conferido expressamente por lei - nada tem, em princípio, de ilícito ou abusivo e, muito menos, de clamorosamente ofensivo da justiça ou do sentimento jurídico dominante por efeitos da previsão do artigo 334 do CCIV (abuso do direito).

Paulo Sergio Leite Fernandes⁶³ é um estudioso de direito penal e nos enriqueceu ao afirmar que o processo deve ser preenchido pelo início, meio e fim.

Não se pode permitir que a legalidade das formas seja desprezada, ainda que se tenha em linha de conta ter o ato atingido a finalidade colimada.

Independente da classe jurídica, tratar qualquer situação ou até mesmo as pessoas, sem respeitar a forma contida em lei, distancia da dignidade, justiça e legalidade.

O famoso jurista Rudolf von Ihering já nos ensinava que: “A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade.”.

Assim, certo é que a forma nos auxilia a obter o direito substancial. E ao falar da forma, estamos também falando de um cenário jurídico repletos de preceitos imperativos que

⁶³ LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio — *Nulidades no Processo Penal*, p. 15;22-25.

nos apresentam a liberdade apresentando o que deve e o que não deve existir no campo da jurisdição.

XXI – DO PODER DA AUTODETERMINAÇÃO

Os comportamentos intencionais somados a capacidade de agir e escolher os caminhos, as pessoas e o negócio jurídico constituem o princípio da autodeterminação.

As nossas necessidades, interesses e habilidades constituem o comportamento autônomo. Esse por sua vez orienta ao uso de estratégias para a efetiva tomada de decisões e soluções de eventuais conflitos e problemas.

A singularidade representa as ações e decisões em conformidade com os valores pessoais e com os hábitos.

A autodeterminação está no campo do direito humano fundamental e se destaca como o direito de todos na determinação dos vários elementos da sua governança com características de liberdade civil.

Seria a autodeterminação um princípio com valores no direito internacional? Sim mas não podemos considerar o indivíduo a sua referência e sim uma entidade coletiva (tendencialmente) estatal.

Na Carta da ONU, emanada em San Francisco, em 1945 havia menção ao poder da autodeterminação no artigo 1, inciso 2, e no artigo 55 do capítulo IX – do princípio da autodeterminação dos povos. Apontava as recaídas (implícitas e explícitas) desse princípio em relação ao futuro dos *Trust territories* e dos *non-self-governing territories*: justamente os países ainda confiados à administração de um Estado a esses “externos”.

Temos assim que em primeiro lugar deve ser investigada a relação da autodeterminação com os direitos do sujeito e a partir de então avaliar o conteúdo específico desse princípio.

Direitos do homem e autodeterminação vão ao encontro do tema da representação sem poderes. Isso porque, é exatamente através de uma vontade, de um instrumento de representação e de ações legais que devemos avaliar toda a representatividade.

Decidir livremente o nosso destino é a expressão fundamental do princípio da autodeterminação.

Podemos assim classificar o princípio da autodeterminação como aquele que atribui aos indivíduos o direito à livre expressão da própria vontade dentro das normas democráticas.

Os ocidentais, no debate que desembocará na decisiva Resolução n.º 1514(XV), de 14 de dezembro de 1960, buscaram não considerar a autodeterminação dentro de um princípio sob a justificativa de que não trata de um direito. Em sentido oposto, os soviéticos afirmaram

que a autodeterminação é a condição que torna possível o exercício efetivo dos direitos fundamentais.

A necessidade da competência, da conexão e da autonomia revela como principais características da autodeterminação. E exatamente por serem também aspectos da representatividade, merecem o estudo nesta investigação.

A nomeação de um procurador, por exemplo, em situações de Diretivas Antecipadas da Vontade é um exemplo de dignidade da pessoa humana e exatamente na peculiaridade da personalidade do homem que temos a valorização do poder de autodeterminação.

Patrícia Cardoso Dias⁶⁴ publicou um artigo onde dedicou atenção especial à autodeterminação e assim asseverou:

entendemos que o aparente conflito entre a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação, que determina a prevalência daquela primeira, é apenas residual e motivado por um raciocínio que faz coincidir a dignidade humana com a vida humana..... A pessoa é ela própria um poder de autodeterminação que tem o poder de exigir o respeito de si própria como sede conformadora desse poder, e, neste sentido, convocamos o desenvolvimento do tema para a Teoria Geral do Direito Civil, tendo presente que o Direito Civil é a zona de igualdade jurídica e do reconhecimento, pelo sistema do direito objetivo, do valor eminente da pessoa *Tout court*.⁶⁵

A evolução da humanidade caminha para a cooperação de interesses públicos com particulares e à proteção aos princípios que protegem a liberdade.

A dignidade da pessoa humana é solicitada para ampliar o direito à autonomia da vontade e o direito à autodeterminação reconhece a capacidade de escolha autônoma e independente da pessoa.

O poder da autodeterminação é considerado uma norma de direito internacional geral produzindo efeitos jurídicos, ou seja, direitos e obrigações para todos.

Grossi⁶⁶ constatou que a Constituição tipificou segundo o cânone histórico-normativo um conjunto de figuras que dizem respeito à faculdade da pessoa e as qualificou juridicamente, como direitos e liberdades, ou seja, como uma situação positivamente contemplada e distintamente protegida, com base em disciplinas particulares e típicas.

Sabidamente Grossi⁶⁷ ainda definiu que as perplexidades decorrentes dessa abordagem derivam do salto lógico que determina a passagem da autonomia à liberdade. Essas duas categorias constitucionais não podem ser confundidas pois a primeira indica um poder

⁶⁴ DIAS, Patrícia Cardoso — *Diretivas Antecipadas da Vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade*, 2016.

⁶⁵ CARVALHO, Orlando de — *Teoria Geral do direito Civil*, pp.102-106;228.

⁶⁶ GROSSI, Paolo.F. *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, p. 75.

dinâmico, a segunda uma reivindicação e uma condição que é, em princípio, inerte. Afirmar que a liberdade é um poder acabaria por restringir o seu espaço, pois o exercício do poder pressupõe não apenas a capacidade jurídica, mas também a capacidade de agir, porquanto a condição de incapacidade da menoridade restringe a liberdade; não se consideraria, então, que qualquer liberdade específica não exercida como liberdade não usufruída.

Há tempos os Tribunais⁶⁸ já apresentam a coincidência entre a liberdade moral e a autodeterminação conceituando ainda a liberdade moral como um valor difundido nos sistemas constitucionais de vários países.

⁶⁷ *Idem*, p. 254.

⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL — *Acórdão n. 30 de 1962*, “a garantia do habeas corpus não deve ser entendida apenas em relação à coação física da pessoa, mas também ao prejuízo da liberdade moral quando tal prejuízo implicar a sujeição total da pessoa ao poder de outrem”

XXII – DA CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Tratar da representação sem poderes e deixar de investigar as variáveis que instruem o processo de autorização por representação e sua complexidade seria um grande erro.

Sabemos que a voluntariedade é a possibilidade que o indivíduo tem de agir sem ser constrangido ou compelido para que decida por uma das possibilidades evidenciadas em qualquer situação que lhe exija o consentimento.

A informação, o consentimento e a capacidade são os elementos essenciais ao processo de consentimento informado. A livre decisão das pessoas e a compreensão do que realmente é sua vontade, constituem a capacidade do consentimento.

A restrição parcial ou total da voluntariedade afeta todo o cenário. Voltamos a tratar da autonomia da vontade.

É comum, por exemplo, pessoas acometidas por qualquer doença, serem manipuladas no processo de consentimento em virtude do seu estado frágil físico e emocional. No entanto, a validade do consentimento está vinculada a garantia da avaliação da situação.

A capacidade (aptidão) e a autonomia (atributo) não possuem as mesmas características. Da mesma forma, a capacidade e competência merecem olhares diversos⁶⁹.

O princípio da autonomia⁷⁰ deixou de ser compreendido tão somente como a autodeterminação de alguém. A inclusão do outro inovou trazendo a aliança da ação individual com o componente social surgindo assim a responsabilidade pelo respeito à pessoa ampliando assim seu conceito como princípio.

O consentimento por procuração⁷¹ ganha especial avaliação no presente estudo pois utiliza-se deste instrumento quando o indivíduo que será submetido a um procedimento assistencial ou de análise está impossibilitada ou não habilitada legalmente para consentir. Nesse caso, um terceiro responsabiliza-se pela autorização do procedimento ou da participação na pesquisa.

A autorização por representação refere-se às motivações e aos pressupostos pelos quais os representantes tomam decisões pelos seus representados.

Na prática temos que a autorização por representação não ocorre apenas em situações de exigências legais. Há inúmeras situações onde estão envolvidas crianças ou pessoas idosas

⁶⁹ SIMÓN, P — *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*, 2000.

⁷⁰ JR, Goldim — *O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia*, pp. 109-116.

⁷¹ SY, Kim *et al.* *Proxy and surrogate consent in geriatric neuropsychiatric research: update and recommendations*, pp. 777-779.

destacando a incapacidade para tomar decisões. O efetivo ato de colocar-se no lugar do outro para a tomada de decisão ocorre com frequência e devemos ainda avaliar a relação existente entre representante e representado em determinadas situações.

O artigo 70 do Código Civil Português tutela como bem jurídico a personalidade física e psíquica do titular do direito de personalidade reconhecendo assim uma série de poderes jurídicos.

A professora da Universidade Autônoma de Lisboa, Patrícia Dias Cardoso⁷² em seu artigo publicado, reforçou e conceituou sobre a capacidade concreta da pessoa.

Vale concluir que a vontade deve ser sempre observada e alinhada a sua função.

⁷² DIAS, Patrícia Cardoso — *Afirmação da Capacidade e da Autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída*, 2019.

XXIII – DA ESSÊNCIA DO DIREITO

Sabemos que o representante age em nome do representado. Estamos assim diante da essência do direito, qual seja: a ação.

Nada explica melhor o direito do que o movimento, os atos jurídicos, as representações.

Qualquer negócio jurídico que não se atente as normas será invalidado.

A representação sem poderes trata em especial do direito privado onde sabemos que cada um deve defender a lei na sua posição, pois quem defende o seu direito defende também todo o direito.

Enquanto a realização prática do direito público e do penal está assegurada, porque está imposta como um dever... a do direito privado apresenta-se aos particulares como forma de direito, isto é, por completo abandonada a sua prática á sua livre iniciativa e á sua própria atividade⁷³.

O grande estudioso e filósofo Miguel Reale sempre trouxe como essência do direito a bilateralidade atributiva do Direito. Tanto que, em 1968 publicou a *Teoria Tridimensional do Direito*, uma de suas obras mais expressivas onde afirmava que intersubjetividade e convivência ordenada seriam expressões da natureza humana.

A legislação ou efetivamente a regra constitui fatos e valores ornamentando uma concreta realidade.

Com muita propriedade, Miguel Reale vinculou o Direito à Sociologia e à Economia. Relacionou natureza e cultura e valorizou os conceitos de realidade e valor. Nunca deixou de relacionar o Direito e a Moral.

As regras jurídicas inerentes a representação espelham exatamente os conceitos trazidos por ele em suas obras.

Muito bem definiu Miguel Reale⁷⁴ que não surge norma jurídica sem ato decisório, mas também inexistente ato decisório absoluto, não condicionado, em maior ou menor grau, por um quadro de possibilidades normativas. Se será exagero afirmar-se que o poder não passa de um momento subordinado ao processo de objetivação normativa, não resta dúvida que não há poder que não seja condicionado pelo "plexo fático-axiológico" de cada campo de relações sociais".

⁷³ IHERING, Rudolf Von — *A luta pelo direito*, 2008.

⁷⁴ REALE, Miguel — *O Direito como Experiência*, p. 10.

E como não falar de poder na presente investigação que trata com toda veemência sobre os poderes contidos nos instrumentos de representação e sua devida descrição e validade do ato praticado em nome do interessado.

XXIV – DA VEDAÇÃO AO NEGÓCIO CONSIGO MESMO E DO MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO

O ordenamento português apresenta o instituto do mandato sem representação previsto no Código Civil Português, materializado no Decreto-Lei n.º 47.344, de 25/11/1966, que revogou o Código de Seabra.

No Brasil o tema é denominado procuração em causa própria por meio de um projeto de 1969 com a coordenação do estudioso Miguel Reale que gerou anos depois a Lei número 10.406, de 10/01/2002 revogando assim o Código Beviláqua.

Com origem no Direito Romano⁷⁵, referido instituto teve como objetivo contornar as dificuldades da transmissão das obrigações, sobretudo as creditícias, uma vez que, à época, as obrigações assumiam essencialmente natureza pessoal. Ou seja, aquele que não participava diretamente da avença, não poderia assumir as consequências jurídicas dela decorrente.

O Código Civil Brasileiro traz em seu artigo 685 na Seção VI (Da Extinção do Mandato) do Capítulo X (Do Mandato) do Título VI (Das Várias Espécies de Contrato) a disposição sobre a extinção pelo óbito e transferência dos bens.

Apesar de existir a devida previsão legal, há grande divergência na doutrina em relação à natureza jurídica do instituto.

Para alguns estudiosos a essência deste instituto é uma procuração que autoriza a transferência do poder de dispor sobre determinada obrigação ou bem. Há aqueles que entendem que a procuração em nome próprio diz respeito ao instrumento de cessão de direitos pessoais.

Para que as dúvidas cessem e o entendimento seja uniforme, necessário se faz estudar os conceitos de procuração, mandato e representação assim como proposto no início da presente investigação.

Orlando Gomes⁷⁶ destaca atos jurídicos unilaterais.

Por várias razões, a procuração em causa própria é destacada e sobremaneira sobre sua função ao outorgar poderes de representação de forma irrevogável sendo que o outorgado age nos termos do seu próprio interesse e sem precisar prestar contas do seu efetivo exercício.

Rosa Maria de Andrade Nery⁷⁷ por sua vez destaca sobre a procuração tradicional e da diferença entre ela e a procuração em causa própria.

⁷⁵ FERREIRA, Mario — *Do Mandato em Causa Própria no Direito Civil Brasileiro*, pp. 35-38; PORCHAT, Reynaldo — *Procuração em causa própria*, pp. 507- 517.

⁷⁶ GOMES, Orlando — *Contratos*, pp. 367-368.

Certo é que o mandato em causa própria representa uma significativa peculiaridade em relação aos demais contratos de mandato uma vez que é outorgado em interesse do próprio mandatário. Neste instituto, não há apenas a constituição de um procurador, mas efetivamente a transmissão para o outorgado da posição jurídica que o outorgante ostenta em relação ao bem objeto daquele negócio jurídico.

O conteúdo da procuração em causa própria produz diversas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais exigindo assim conferir ao instituto maior operabilidade e segurança jurídica, investigando sua importância, natureza jurídica e, principalmente seus efeitos.

Há, ainda, outra questão essencial a ser avaliada, qual seja, quando o ordenamento jurídico veda a celebração do auto negócio. Isso porque não vislumbramos na norma, uma vedação expressa que proíba um negócio jurídico.

No entanto, a legislação portuguesa foi clara neste sentido apontando que o ordenamento jurídico visa impedir em situações do negócio consigo próprio, é que o representante, em nome do representado, firme negócio com o representante, o que, genericamente, poderia gerar conflitos.

Referida situação é tratada no artigo 261 do Código Civil Português que trata da validade e anulabilidade do negócio e nesse mesmo sentido temos no Brasil a similaridade ao contar no artigo 117 sobre o ato firmado consigo mesmo.

Claro está que o contrato de Mandato sem Representação se apresenta como o instrumento jurídico para que o representante, na defesa dos seus próprios interesses, possa, em nome do representado, celebrar contrato consigo mesmo. Não devemos confundir com advogar em causa própria uma vez que nesta situação o advogado está exercendo sua capacidade postulatória, podendo ser parte, ativa ou passiva, de um processo judicial.

Há julgados portugueses precisos em relação ao tema e um deles está no artigo 1180º CC que relaciona e obriga no fornecimento de dados pertinentes para devida operação daquele instrumento.

Inocência Telles⁷⁸ tratou também do tema relacionando a gestão e gestor do negócio e seus poderes ou falta deles.

Do lado brasileiro merece destaque o ensinamento de Silvio Rodrigues⁷⁹ ao descrever que o Código de 1916 já apontava a real função da gestão de negócios.

⁷⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade — *Instituições de direito civil*, 2022.

⁷⁸ TELLES, Inocência Galvão — *Manual dos Contratos em Geral*, p. 435.

⁷⁹ RODRIGUES, Silvio — *Direito Civil*, p. 292.

Temos assim que o contrato denominado Mandato sem Representação com previsão em ambos ordenamentos jurídicos (brasileiro e português) é negócio jurídico expressivo e com abundante aplicabilidade nos dias atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Investigar sobre a representação sem poderes é estudar a realidade cultural, legal e da relação entre pessoas.

Conceituar o direito é ter diversas definições incompletas e geralmente limitadas às visões ideológicas de inúmeros juristas em todo o mundo.

O jurista Carlos Santiago Nino⁸⁰ muito bem observou ao tentar responder sobre o conceito do que é o direito ao afirmar que “sem dúvida, nem os físicos, nem os químicos, nem os historiadores, entre outros, teriam tantas dificuldades para definir o objeto de seu estudo como têm os juristas (...)” e tal impossibilidade não decorre de uma insuficiência intelectual dos juristas, mas sim, em virtude de uma extraordinária amplidão de significações que o homem, no decorrer dos séculos, concedeu ao termo direito.

Exatamente por esta razão, Miguel Reale⁸¹ amparando na lição do grande pensador Martin Heidegger, afirmou com razão que toda pergunta já envolve, de certa forma, uma intuição do perguntado. Não se pode, com efeito, estudar um assunto sem se ter dele uma noção preliminar, assim como o cientista, para realizar uma pesquisa, avança uma hipótese, conjectura uma solução provável, sujeitando-a a posterior verificação.

Independente de termos um conceito amplo e subjetivo sobre o direito, certo é que conhecemos seu objetivo principal na qualidade e função de orientar o comportamento do homem na vida social.

Dentre tantas formas de orientar, temos que o tema desse trabalho aponta a união de toda norma legal à vontade humana apontando assim que é possível unir o interesse público com o particular e ainda expor a autonomia da vontade devendo ser validada com a observância de todas as legislações e ainda com as peculiaridades do ato jurídico a ser praticado.

A indagação a respeito do que se pretende investigar com o tema da representação sem poderes não só exigiu um estudo prévio como também a experiência jurídica vivenciada na

⁸⁰ NINO, Carlos Santiago — *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 11

⁸¹ REALE, Miguel — *Lições preliminares de direito*, p. 1.

teoria e na prática. Se o direito é um fato ou fenômeno social, ele apenas poderá existir dentro da sociedade.

Temos assim que a direção, a obrigatoriedade e a ligação de comportamentos formam a base do direito que se desenvolve em razão de diversos campos de interesse.

As modificações, inovações, retificações e ampliações do ramo do direito nos obrigam ao estudo constante sobremaneira dos operadores do direito. Falar da representação sem poderes é sem dúvidas tratar de um tema antigo mas jamais esgotado. Isso porque o tema atrai estudos discriminados abrangendo vários ramos. Várias disciplinas do direito são identificadas quando tratamos da representatividade.

É possível verificarmos o Direito Civil, o próprio Processo Civil, Direito Comercial, Direito das obrigações, Direito de família e vários outros capítulos, ramos e disciplinas jurídicas abrangendo o tema da representação sem poderes e principalmente temos a própria Constituição ao tratar de vários princípios relacionados a presente investigação.

Em virtude dessa conexão entre vários ramos e disciplinas do direito ao tema proposto, temos um tema riquíssimo ao tratar da figura do representante, de quem exerce determinado ato jurídico em nome de outrem com base em todas as regras e exigências de validade e em proteção aos princípios protegidos pelo tema.

Não há como falar da representatividade sem tratar dos negócios jurídicos e ainda sem fazer a relação da distinção entre atos jurídicos e negócios jurídicos.

Isso porque, temos que os efeitos dos atos jurídicos *stricto sensu* são aqueles regidos no nosso ordenamento (*ex lege*) e os relativos aos negócios jurídicos são os avençados pelas partes envolvidas (*ex volante*) e sempre em observâncias a ordem jurídica.

A representação não pode ser encarada como ato amplo e de todos.

Pontes de Miranda⁸² deixou a lição importante sobre órgão e representação destacando que não há como qualificar a representação dentro de uma unidade organizacional.

Por isso o tema desse estudo parece tradicional, simples e clássico mas na verdade, é de extrema relevância exigindo um estudo prévio e avançado sobre todas as características peculiares da investigação.

Paulo Nader⁸³ descreveu sobre a importância da realidade fática e os direitos subjetivos devidamente individualizados.

⁸² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 318-319.

⁸³ NADER, Paulo – *Curso de Direito Civil*, p. 363.

Exatamente por isso, devemos atentar que os instrumentos de mandato e todo tipo de representação está intimamente ligado ao ato jurídico, ou seja, ao fato.

Os juristas portugueses também abordam o tema e enfatizam os negócios jurídicos. Manuel A. Domingues de Andrade⁸⁴, adentrando na definição de fato, como aquele existente em ações da vida real.

A teoria e a prática devem ser o tempo todo avaliadas para a devida compreensão da representação sem poderes. A amplitude do conceito de Direito obriga uma combinação mista das rivalidades valorativas assim como Miguel Reale já descreveu: "teorizar a vida e viver a teoria" o que ocasionará a relação entre Direito e Poder.

Temos portanto que, cumpridos certos requisitos substanciais, principalmente em relação ao teor dos poderes representativos, a representação estará presente em vários negócios jurídicos e estará válida para surtir seus efeitos.

Representar dentro e fora do ordenamento jurídico é sinônimo de simbolizar, retratar, significar, refletir, patentear e encenar. Todos esses verbos de extrema responsabilidade aplicados em favor do outro demonstram a seriedade do instituto da representatividade.

O âmbito dos poderes conferidos ao representante e devidamente estabelecidos no instrumento torna os negócios jurídicos eficazes e é exatamente neste poderoso contexto que almejamos a segurança e trabalhamos a ordem e o progresso sem ferir a liberdade, o poder e a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Pedro de – Código Civil Comentado. *In*: CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Vol. 3. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 9789724047768.

ALBUQUERQUE, Pedro de – Código Civil Comentado: Parte Geral. Vol I. *In*: CORDEIRO, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 9789724084527.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. II, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 1987. ISBN: 9789724004266.

ANTUNES VARELA, João de Matos; LIMA, Pires de – *Código Civil Anotado*. Vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN: 9789723200362.

BLUTEAU, Raphael – *Vocabulário português e latino*. Coimbra: Imprensa, 1712 (Ed. em CD-ROM da UERJ). ISBN: 9789725654880.

BRASIL – *Código 4 em 1 Saraiva*. Civil. Comercial. Processo Civil. Constituição Federal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-22977-8.

BRASIL – *Código Civil Brasileiro* (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). [Em linha]. Disponível em [http: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm).

BRASIL — *Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988*. 53ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-63621-7.

BRASIL — *Provimento número 58-89. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo*. São Paulo: Normas de Serviços. 1989.

CARNEIRO, Frada — *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN: 9789894016427.

CARVALHO, Orlando de — *Teoria Geral do direito civil*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN: 9789723220179.

COELHO, Fábio Ulhoa — *Curso de Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN: 8502043951.

COELHO, Fábio Ulhoa — *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 8502043951.

CORDEIRO, António Menezes de — *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN: 9789724071930.

CORDEIRO, António Menezes de — Os direitos da personalidade na civilística portuguesa. In Aa.Vv. *Estudos em Honra do Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. [Em linha]. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro2001.pdf.

CORREIA, A. Ferrer — A Procuração na Teoria da Representação Voluntária. In: Aa.Vv. *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 1985. ISBN: 9789724022383.

CORREIA, A. FERRER — Direito Internacional Privado Luso-Brasileiro. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, vol. 47, pp. 80-114. ISSN: ISSN: 0104-6594.

- DIAS, Patrícia Cardoso — Afirmação da Capacidade e da Autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída. *Revista de Direito e Medicina*, 2019. ISSN: 2596-3163.
- DIAS, Patrícia Cardoso — Diretivas Antecipadas da Vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade. *Revista opinião jurídica*, ano XIV, n. 19, 2016. ISSN: 1806-0420.
- DIDIER JR., Fredie — *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. ISBN: 978-8544218457.
- DINIZ, Maria Helena — *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva. 2010. ISBN: 9786555590449.
- DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. — *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. ISBN: 9789724004266.
- ESPÍNDOLA, Eduardo — *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002. ISBN: 978-8574680873.
- FALCÃO, Lucas Fernandes — *Do Direito Internacional Privado*. Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho — *Teoria geral do direito civil: introdução pressupostos da relação jurídica*. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2007. ISBN: 9789725403617.
- FLORY, Era — *Bahian society in the mid-colonial period: the sugar planters, tobacco, growers, merchants, and artisans of Salvador and the Recôncavo, 1680-1725*. Texas, Austin. Tese (Doutorado), 1978.
- FOUCAULT, Michael — *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2005. ISBN: 9788570380746.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo — *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. I, 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN: 9786553622302.

GOLDIM, Júnior — O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. *Revista AMRIGS*, 2002, 46(3-4), pp. 109-116. ISSN: 0102-2105.

GOMES, Orlando — *Contratos*. 27ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN: 9788530925208.

GOMES, Orlando — *Introdução ao direito civil: revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2003*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. ISBN: 9788530986346.

GONÇALVES, Carlos Roberto — *Direito civil brasileiro*. 6ª ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN: 9786555596267.

GONÇALVES, Diogo Costa — *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN: 9789724032962.

GROSSI, Paolo.F — *I diritti di libertà ad uso di lezioni*. Vol. I, 2ª ed., Turim: Grossi, 1991.

GUILLOUARD, L — *Du Mandat*. Paris: Pedone Laureal, 1894. ISBN: 978-2853853033.

IHERING, Rudolf Von — *A luta pelo direito*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008. ISBN: 9788530976248.

KELSEN, Hans — *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes,. 1998. ISBN: 85-336-0957-0.

LBERTO, Octávio Manuel Gomes — *Público* [Em linha]. Disponível em http://octalberto.no.sapo.pt/contrato_de_mandato.htm.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes — *Direito das Obrigações*. Vol. III, Contratos em Especial. 12ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 978-972-40-7559-4.

LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio — *Nulidades no Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. ISBN: 9788574203652.

LOPES, M.M de Serpa — *Curso de Direito Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Imprensa, 1961. ISBN: 8535302026.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves — *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: RT, 2001. ISBN: 8520319734.

MIRANDA, Pontes de — *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2011. ISBN: 978-8520343210.

NADER, Paulo — *Curso de Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN: 9788530963552.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa — *Código Civil comentado*. 12ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 9788520367599.

NERY, Rosa Maria de Andrade — *Instituições de direito civil* [livro eletrônico]: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. Vol. II. 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NETO, Abib — *Código Civil interpretado e comentado*. São Paulo: Letras e Letras, 2003. ISBN: 8575270176.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção — *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011. ISBN: 9786556809458.

NINO, Carlos Santiago — *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. ISBN: 978-8578273033.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN: 9789723221022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973. ISBN: 978-8530903541.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Max Limonad, 1997. ISBN: 978-8520343210.

PORTUGA – *Decreto Lei 47344-66. Código Civil Português, 25 de novembro*. [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>.

PORTUGAL – *Revista 4709-02- 7ª Secção Dionísio Correia*. Relator: Quirino Soares Neves Ribeiro.

PORTUGAL – *Código Civil e Diplomas Complementares*. 16ª ed. Ver. E atua. Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-706-6.

PORTUGAL – *Constituição da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.

PORTUGAL – *Resolução da Assembleia da República número 19-2002*. [Em linha]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=857&tabela=leis&nverso=&so_miolo=.

PORTUGAL – *Revista 3959-02- 1ª Secção Ribeiro Coelho*. Relator: Azevedo Ramos Silva Salazar.

PORTUGAL – *Decreto-Lei número 47344 de 25 -11-1966*. [Em Linha]. [Consult. 12 de agosto de 2023]. Disponível em: <http://www.bdjur.almedina.net/item.php>.

RAFAEL, Ana Isabel Araújo Marques – *Hum fio de voz, não quebra silêncio: retórica e pedagogia do silêncio em Rafael Bluteau*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto. 266 p.

REALE, Miguel – *Lições preliminares de direito*. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN: 978-8502041264.

REALE, Miguel — *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. ISBN: 9788502009677.

RIZZARDO, Arnaldo — *Parte geral do código civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. ISBN: 9788530934514.

RODRIGUES, Rui Barbosa; B., Leda — *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. ISBN: 85-200-0584-5.

RODRIGUES, Silvio — *Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de vontade*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. ISBN: 8502020137.

SAMTLEBEN, Jürgen — Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano. *Scientia Iuridica*, tomo XXXIII, 1984, pp. 345-351. ISSN: 0870-8185.

SANTOS JUSTO, A. — *Introdução ao Estudo do Direito*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN: 9789726853336.

SARTRE, Jean-Paul — *O ser e o nada: ensaios de ontologia fenomenológica*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. ISBN: 9789724427867.

SAVIGNY, Friedrich Carl von — *Sistema do direito romano atual*. Ijuí: Editora da Unijui, 2004. ISBN: 9788574294124.

SCHREIBER, Anderson — A representação no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 978-8571473812.

SILVA, Plácido e — *Vocabulário Jurídico*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN: 9788530960605.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.) – *Código Civil Comentado*. 6ª ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN: 978-8502198319.

SIMÓN, P. – *El consentimiento informado: historia, teoria y práctica*. Madrid: Editorial Triacastela, 2000. ISBN: 84-930914-0-5.

SOUZA, Bruno Soares de – Os poderes especiais de representação: pré-requisitos essenciais para o credenciamento no pregão presencial. *Revista Jus Navigandi*, vol. 12, 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9940>. ISSN: 1518-4862.

STARCK, B. – *Le Contrat de commission*. Paris: Librairie Dalloz, 1949. ISBN 978-987-02-4047-1.

SY, Kim; PS, Appelbaum; DV, Jeste; JT, Oly — Proxy and surrogate consent in geriatric neuropsychiatric research: update and recommendations. *Am J Psychiatry*. 161(5), pp. 777-779, 2004. ISSN: 1535-7228.

TELLES, Inocência Galvão – *Manual dos Contratos em Geral*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 9789723211030.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – *Acórdão n. 30 de 1962*. 21 de dezembro de 1983. Relator: Conselheiro Cardoso da Costa.

VARELA, João de Matos Antunes; PIRES, de Lima — *Código Civil Anotado*. Volume V(Artigos 1796.º a 2023.º). Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN: 9789723200379.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Teoria Geral do Direito*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40- 2482-2.

VAZ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro – *Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust*. *Público* [Em linha]. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532.

VENOSA, Sílvio de Salvo – *Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.