

A TEORIA DA APARÊNCIA JURÍDICA

Mauricio Jorge Pereira da Mota*

Sumário: 1. Introdução; 2. A Idéia de Aparência do Direito e suas Origens; 3. Elementos da Aparência de Direito; 4. Eficácia dos Atos Praticados com Aparência de Titularidade; 5. Efeitos da Eficácia da Aparência; 6. O Princípio da Responsabilidade por Situações de Confiança e a Tutela Geral nesse Âmbito da Aparência de Direito; 7. Conclusão.

*“(...) Pra se entender
Tem que se achar
Que a vida não é só isso que se vê
É um pouco mais
Que os olhos não conseguem perceber
E as mãos não ousam tocar
E os pés recusam pisar
Sei lá, não sei
Sei lá, não sei (...)”.*¹

1. Introdução

A aparência é o estado daquilo que parece exteriormente, do que se manifesta por signos exteriores. Podemos assim dizer, em geral, de uma qualidade, de um direito, que eles são aparentes quando parecem existir, quando se reencontram as características exteriores pelas quais se anuncia, de ordinário, a existência desse direito ou dessa qualidade.

Ora, como admitir que, de uma situação ou fato inexistente, possa surgir algo tão digno como um direito? Como aceitar que se possa passar de um fato para um direito, do ser ao dever-ser? A resposta não é tão complexa quanto parece e a realidade também não se deixa apreender nos quadros aparentemente logicizantes da perspectiva kelseniana, a ontológica “separação” ser e dever-ser.

A vida contemporânea é marcada pela insegurança do homem no mundo. Descrente da ciência, sem respostas, sem compreender o frenesi da vida cotidiana, o homem se relaciona com seus semelhantes cada vez mais através de aparências. As oportunidades de conhecer a verdade das coisas são cada vez mais ilusórias. O homem contemporâneo não consegue abarcar a complexidade do mundo, como o sábio na *polis* grega, e precisa crescentemente decidir centenas de coisas. Porém, como decidir? O ser das coisas ao revelar-se tende a se esconder na aparência (*schein*). A aparência dissimula o ente e o faz aparecer tal como ele propriamente não é. A aparência, além disto, encobre a si mesma, como aparência, posto que se mostra como ser. Ora, se a aparência já “engana” a si, pode ela enganar o homem

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Professor do Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UERJ, Doutor em Direito Civil pela UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Versos do samba *Sei lá, Mangueira*, composto em 1968 por Paulinho da Viola e Hermínio Bello de Carvalho.

e, desta forma, levá-lo a uma ilusão. O iludir-se é, de certa forma, o modo em que o homem se move no tríplice mundo do ser, da revelação e da aparência.

O homem está solto no mundo, condenado e condicionado por sua existência. Não há que se falar em regras objetivas, em dever-ser, porque todas as regras pressupõem uma interpretação, e toda interpretação pressupõe uma pré-compreensão, um círculo hermenêutico no qual se consubstanciam as possibilidades de entendimento. O referencial da interpretação das regras é sempre humano, subjetivamente referenciado, e, como tal, implicam numa inserção cultural. Mas como as referências modernas são contraditórias, a hermenêutica também se faz plural. Como concluiu Sartre², a existência precede a essência. Assim, o homem está sempre em situação, e esta muitas vezes é aparente, mas, não obstante, deve ser tutelada para a garantia da liberdade.

Deste modo, ao direito cabe regular as situações do homem nesse mundo sem certezas, tutelando tudo aquilo que, mesmo aparentemente enganoso, pode contribuir para a segurança da liberdade. Esta é, em suma, a razão da proteção da aparência jurídica na sociedade contemporânea.

2. A idéia de aparência de direito e suas origens

O direito que emerge da era das grandes revoluções de fins do século XVIII e primórdios do século XIX é marcado por dois grandes vetores: a identidade entre o direito e a lei, e o seu corolário, a sistematicidade dos próprios textos legais codificados.

O primeiro vetor representa o fim de um período de pluralidade de ordenamentos na esfera estatal. As fontes do direito são contidas dentro de uma visão estatista, o que antes não sucedia. O direito passa a ser visto como um produto do Estado e identificado com a lei. Ao mesmo tempo, as normas jurídicas e a sua aplicação são deduzidas exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extrajurídicos (como os religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar soluções jurídicas. O direito é certo e está contido na lei, e, assim sendo, ao indivíduo cabe se acautelar e se comportar conforme prevê a lei. Deixando de fazê-lo, por exemplo, na não verificação de poderes da parte com a qual irá contratar, sujeita-se às conseqüências impostas por tal “descuido”, no caso, a invalidade do contrato.

Essa dedução do direito exclusivamente a partir do sistema tem como conseqüência o fato de que a ordem jurídica passará a ser entendida como constituindo um sistema fechado (*i.e.*, autônomo e coerente) de instituições e normas e, por isso, independente da realidade social, das relações da vida reguladas por essas instituições e normas. Seria assim possível, em princípio, decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos).

Esse sistema fechado exige, de acordo com suas próprias premissas, a plenitude. Embora possam existir lacunas na lei, o lugar dos conceitos na pirâmide conceitual e as conexões lógicas do sistema permitem imediatamente um pre-

² Sobre as ponderações do filósofo existencialista acerca da relação entre os conceitos de essência e existência, ver especialmente: Jean-Paul SARTRE, *O Ser e o Nada: Ensaio de Ontologia Fenomenológica*, Vozes, 2003, e, do mesmo autor, *Crítica da Razão Dialética*, DP&A Editora, 2002.

enchimento conseqüente dessas lacunas através de uma criação construtiva, devendo ser possível e suficiente a subsunção lógica em relação a um princípio ou a um conceito, em todos os casos cogitável. É nesse exato sentido a observação de Claus-Wilhelm Canaris³:

As codificações, essencialmente redutoras e simplificadoras, provocam, num primeiro tempo, atitudes positivistas. Trata-se de uma conjunção facilmente demonstrada na França pós-1804, na Alemanha pós-1900 e em Portugal pós-1966. As fronteiras do positivismo vão, no entanto, bem mais longe do que o indiciado pelos exegetismos subseqüentes às codificações. Os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer ‘referências metafísicas’. O universo das ‘referências metafísicas’ – ou ‘filosóficas’ – alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários dos seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas.

Esse período histórico caracterizava-se, assim, por uma noção absoluta de segurança social e uma crença inabalável no desenvolvimento sempre crescente da civilização. Entretanto, todo esse mundo de certezas começa a desmoronar a partir da Primeira Guerra Mundial. Nas palavras de Hobsbawm⁴,

[...] a Primeira Guerra Mundial foi seguida por um tipo de colapso verdadeiramente mundial, sentido pelo menos em todos os lugares em que homens e mulheres se envolviam ou faziam uso de transações impessoais de mercado. Na verdade, mesmo os orgulhosos EUA, longe de serem um porto seguro das convulsões de continentes menos afortunados, se tornaram o epicentro deste que foi o maior terremoto global medido na escala Richter dos historiadores econômicos – a Grande Depressão do entreguerras. Em suma: entre as guerras, a economia mundial capitalista pareceu desmoronar.

Inicia-se, destarte, uma “época de incerteza” marcada pelo desenvolvimento de novas formas de instrumentação do domínio político e social, surgem os partidos políticos de massa e as empresas transnacionais, os processos produtivos se internacionalizam, a atividade econômica passa a se organizar em termos planetários.

Esse multifacetamento da sociedade produz profundos reflexos no campo jurídico. A idéia de Estado Democrático de Direito baseada na distinção entre sistema político e sociedade civil, institucionalizada por intermédio de um

³ Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 5.

⁴ Eric HOBSBAWM, *A Era dos Extremos: o breve século XX*, Companhia das Letras, 1995, p. 89.

ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, o sistema político-institucional e o sistema econômico, os interesses individuais e o interesse coletivo; toda essa engenhosa construção entra em crise irreversível.

A mudança cada vez mais vertiginosa das relações sociais e dos processos produtivos acarreta a rápida obsolescência das regras fixas, a reger realidades que já se transmutaram e não se compatibilizam mais com a previsão legal.

No campo dos contratos, a economia moderna tem na contratação em massa, valendo-se largamente neste particular de condições gerais dos negócios, o seu corolário natural. O desenvolvimento econômico acarreta uma acentuada materialização e desmaterialização de riqueza, alterando o perfil estático do esquema contratual anterior, de gozo e utilização imediata, quase física, dos bens, para o perfil dinâmico da atividade (de organização dos fatores produtivos a empregar em operações de produção e de troca no mercado). As exigências da produção e do consumo de massa, a necessidade de acelerar, simplificar e uniformizar a série infinita das relações entre a empresa e a massa de consumidores determina um processo de objetivação da troca, que tende a perder parte dos seus originais caracteres de voluntariedade. Atribuir grande relevo à vontade significaria, na verdade, personalizar a troca, individualizá-la, e, portanto, acabaria por atrapalhar o tráfego, cujas dimensões, agora massificadas, impõem que se desenvolva de modo mais estandardizado e impessoal⁵.

Assim, a exigência de tornar mais rápidas as várias formas de circulação jurídica dos bens, de estender o comércio e o tráfego de modo a intensificar o ritmo das relações econômicas, traz, nos tempos modernos, uma obrigação da tutela do terceiro, e, por contraponto, uma menor garantia dos direitos preexistentes e das situações jurídicas pré-constituídas. Com razão José Luiz de los Mozos⁶ afirma que “o fato é que no direito moderno se estendeu profusamente a utilização da aparência no interesse do tráfego jurídico, do rigor e da certeza dos direitos, o que confere ao ordenamento um dinamismo de que antes carecia”.

É exatamente nesse contexto moderno, de certa forma disforme e confuso, que a proteção da aparência de direito assume relevo. A velocidade das transações e o evoluir frenético das relações jurídicas contemporâneas não permite sempre distinguir a aparência da realidade. E também não seria factível impor, hoje, sempre tal encargo ao particular, como era a regra para os indivíduos no século XIX – época em que cada um devia acautelá-la *a priori* sobre todos os aspectos de suas relações jurídicas. Na sociedade contemporânea a aparência instala-se no mundo. A imagem ganha estatuto de real, ou, mais precisamente, passa a ter uma realidade própria, mais tangível que o objeto real do qual é cópia. Camadas indefinidas de realidades se interpõem na prática fêérica dos negócios sem que os participantes que os vivem possam averiguar o tempo todo qual delas é a verdadeira.

A quase esquizofrenia em que se vive, passeando por entre mundos concretos que, no entanto, podem ser enganadores, por entre relações jurídicas – suas e dos outros – que oferecem uma miríade de possibilidades, num mundo em que novos e diversos sentidos de real se inscrevem a cada momento, tudo isso traz para o

⁵ Sobre esse processo, ver, por todos, Wolfgang FRIEDMANN, *El derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura Económica, 1966.

⁶ José Luiz de los MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Bosch, 1965, p. 263.

direito uma nova responsabilidade. Dar a essa realidade fragmentada uma segurança passará, muitas vezes, por garantir efeitos jurídicos concretos a situações que só existiam em aparência, em tutela daqueles que confiaram verazmente na existência delas. É preciso se jogar no olho do furacão. Essa é a história da tutela legal da aparência jurídica.

O vocábulo “aparência” deriva do latim *apparentia* e, segundo o Dicionário Lello Universal⁷, significa “aquilo que se mostra à primeira vista, o aspecto exterior”; “probabilidade, exterioridade ilusória”.

Aqui resulta uma primeira idéia acerca desse conceito: a da dualidade de coincidência ou incoincidência entre a manifestação exterior e a essência do objeto manifestado. A aparência implica, destarte, na existência de duas realidades: uma exterior e outra interior. Esta é a realidade demonstrada mediatamente pelo fenômeno manifestante⁸, enquanto aquela compreende a exteriorização de um fato, de uma realidade visível e imediatamente apreendida, que é o fenômeno manifestante ou aparente.

Várias são as relações possíveis de se estabelecerem entre o fenômeno manifestante e a realidade que por este é mediadamente manifestada. Pode, por exemplo, aparecer o irreal como real, o real como real, o irreal como irreal, ou ainda, um aparecer neutro, indiferente a toda realidade ou irreabilidade⁹.

A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma “incoincidência” absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

Como bem lembra Mariano D’Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito; mas o estado de fato, por si, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera conseqüências não diferentes daquelas que derivariam do correspondente estado de direito. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha racionalmente confiado em uma dada manifestação jurídica e se comportado coerentemente a esta, lhe dá direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade¹⁰.

A aparência de direito, como salientado, é um instituto jurídico precipuamente relevante na modernidade. O advento da Revolução Industrial, as acelerações do comércio e das necessidades sempre prementes da vida dos negócios provocaram um desabrochar da teoria da aparência em sua acepção clássica. O ordenamento jurídico, atendendo à conveniência de imprimir segurança e celeridade ao tráfego jurídico e à necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, ampara, por vezes, a aparência antes da realidade, reconhecendo como válidos alguns atos aparentemente verdadeiros e dando a estes os efeitos jurídicos que a lei atribui aos atos reais. Tudo isso visando tornar as relações jurídicas intrinsecamente justas e justificadas, a despeito das aparências.

A segurança das transações exige que uma aquisição em aparência regular não possa ser colocada em questão. Se o adquirente tomou todas as precauções não deve se inquietar. A regra protege assim não só estes, mas também os pro-

⁷ João GRAVE LELLO UNIVERSAL (org.), *Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro*, 2.ª ed., Lello e Irmão Editores, 1950, v. I, p. 148.

⁸ Álvaro MALHEIROS, *Aparência de direito*, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial*, São Paulo, n.º 6, out./dez., 1978, p. 45.

⁹ Angelo FALZEA, *Apparenza*, *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 685.

¹⁰ Mariano D’AMELIO, *Apparenza del diritto*, *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.

prietários verdadeiros porque, sem tal dispositivo, os adquirentes hesitariam em contratar, prejudicando a circulação econômica dos bens¹¹.

A complexidade cada vez maior das relações jurídicas impõe-nos confiar na feição externa da realidade com a qual nos deparamos. A rapidez e a segurança do comércio, a quantidade de negócios travados diariamente, os compromissos que se avolumam constantemente, o condicionamento da vida a uma dependência de relações contratuais inevitáveis, entre outros fatores, justificam as razões que levam o homem a não dar tanta importância ao conteúdo dos atos que realiza, prendendo-o ao aspecto exterior dos eventos que se apresentam¹².

Angelo Falzea¹³ define a aparência de direito como *"a situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não real. Este aparecer sem ser coloca em jogo interesses humanos relevantes que a lei não pode ignorar"*.

Álvaro Malheiros¹⁴, em complemento, assim conceitua a aparência de direito:

Nela, um fenômeno materialmente existente e imediatamente real manifesta um outro fenômeno – não existente materialmente nem imediatamente real – e o manifesta de modo objetivo, através de sinais, de signos aptos a serem apreendidos pelos que dele se acercarem; não através de símbolos, mas pelos próprios fatos e coisas, com base num comportamento prático, normal. Manifesta-o como real, conquanto não o seja, porque essa base de relações e de ações, abstratamente verificável na generalidade dos casos, vem a falhar no caso concreto.

Nessas definições resumem-se os aspectos mais importantes da idéia de aparência de direito. Primeiro o fato da predominância da justiça do direito: uma das razões fundamentais da importância atribuída ao fenômeno da aparência está no fato de que à realidade jurídica escapa normalmente a possibilidade de uma averiguação segura do direito que requer, comumente, indagações longas e complexas. Por isso o princípio é chamado a socorrer e disciplinar, justamente, aqueles casos em que essa averiguação apresente maiores dificuldades e mesmo impossibilidade.

São os casos de exteriorização material nos quais não existe a correspondência entre a atividade do indivíduo e a realidade dos atos que pratica. Por isso terceiros de boa-fé podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta. O segundo aspecto relevante da definição é a restrição dos casos de aparência de direito às situações de fato que manifestam como real uma situação jurídica não real, assim abstratamente considerada pelo ordenamento. Sempre que estivermos em presença de situações de aparência para as quais o direito já tenha assegurado tutela, como a posse ou a natureza cartular dos títulos de crédito, não se trata de situações regidas pelos cânones da aparência de direito, mas por princípios jurídicos outros que buscam sua realidade em outras formas jurídicas específicas.

¹¹ Henri MAZEAUD, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, 5.^a ed., Éditions Montchrestien, 1975, t. II, p. 140.

¹² Arnaldo RIZZARDO, *Teoria da Aparência, Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n.º 24, mar. 1982, pp. 222-231.

¹³ Angelo FALZEA, *Apparenza, Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 685.

¹⁴ Álvaro MALHEIROS, *Aparência de direito, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n.º 6, out./dez. 1978, p. 4.

Os antecedentes remotos da aparência de direito (com outras características porque esta, como afirmado acima, é um instituto jurídico da modernidade) podem ser encontrados no direito romano. Este, todavia, não contém mais do que soluções esparsas no que se refere a aparência de direito. A maior parte dessas é concernente a escravos que, se passando por homens livres, tinham conseguido se fazer indicar pretor, se designar árbitro ou ser nomeado testemunha. No primeiro caso, está registrado no texto do D.1.14.3, *de officio praetorum*, que considerou que os atos praticados pelo escravo como pretor deveriam ser mantidos. No texto, citado do Digesto¹⁵, Ulpiano (comentários a Sabino, livro XXXVIII), expõe:

Barbário Filipe, quando era servo fugitivo, aspirou à pretura e foi designado como pretor. Mas Pompônio afirma que a servidão em nada lhe obstou, como se não tivesse sido pretor; mas de qualquer modo é verdade que ele exerceu a pretura. E todavia vejamos: o que diremos se, sendo servo pelo tempo em que se escondeu, tenha feito exercício da dignidade pretória? As coisas que ele baixou por éditto, que decretou, seriam de nenhuma importância? Ou acaso elas seriam da utilidade daqueles que perante ele agiram pela lei ou por algum outro direito? Eu verdadeiramente reputo que nada daquelas coisas sejam reprovadas, pois isto é mais humano; pois ainda, quando o povo romano pôde discernir, atribuindo ao servo esta potestas, tê-lo-ia tornado livre, mesmo se soubesse, porém, que era servo.

Outro texto romano, das Institutas¹⁶, 2.10.7, assim dispunha:

7. Quando, porém, alguma das testemunhas, ao tempo da confecção do testamento, era considerada livre, mas se verificou mais tarde que era escravo, tanto o imperador Adriano em reescrito a Catão Vero, como posteriormente os imperadores Severo e Antonino, decidiram que por sua liberalidade validavam o testamento, para que se considerasse perfeito desde o começo. E isso porque, ao tempo da confecção do testamento, a referida testemunha era reputada livre, ninguém havendo que lhe contestasse o estado civil. [grifos nossos]

É controversa na doutrina a questão de se o Direito romano admitia a validade dos atos do herdeiro aparente¹⁷.

Outro caso relevante da aparência de Direito no ordenamento romano é o dos mútuos aos filhos-famílias. Tais mútuos foram proibidos por um *senatus-consulto* Macedoniano, da época de Vespasiano. Era ele sancionado por uma exceção *rei cohaerens*, a exceção *senatus consulti Macedoniani*, que o filho, o co-obrigado ou o *fideiussor* podia opor ao mutuante que exigisse a restituição do dinheiro emprestado¹⁸. Mas o Digesto, fragmento de Ulpiano, descreve que essa regra

¹⁵ JUSTINIANO, *Digesto de Justiniano*, 2.^a ed, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 113-114.

¹⁶ JUSTINIANO, *Institutas de Justiniano*, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 124-125.

¹⁷ Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, p. 15.

¹⁸ Ebert CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, 6.^a ed, Rio de Janeiro [S.N.], 1977, p. 348.

não era aplicada quando o filho-família tinha passado aos olhos de todos por *subiuris*. É o texto de D. 14.6.3¹⁹ que dispunha:

[...] *se alguém creu que outrem era pater familias, enganado não por vã simplicidade, nem por ignorância de direito, senão porque publicamente parecia aos demais pater familias, e assim trabalhava, assim contratava e assim desempenhava cargos, deixará de ser aplicável o senatus consulto.*

Entretanto, apesar desses dispositivos, não se encontra no direito romano uma teoria geral da aparência. Isto porque as relações sancionadas pelo *ius civile* eram, em geral, dotadas de grande estabilidade, o que permitia aos contraentes averiguar minudencialmente o contrato celebrado e descobrir a realidade oculta sob as aparências enganosas. A realidade não deixava de gerar direitos senão naqueles casos onde sua procura se revelava impossível. De outro lado, o formalismo do direito romano levou ao mesmo resultado que a teoria da aparência e, freqüentemente, tornou esta inútil. A estreita ligação entre a forma do ato e a necessária representação dos agentes assegurou a conformidade entre a aparência e a realidade, suprimindo assim o erro suscetível de dar lugar à aplicação das regras da aparência.

Dessa idéia não discrepa o jurista Vicente Ráo, que atribui ao princípio da equidade as soluções da aparência jurídica dadas no direito romano. Para esse autor, quando muito se poderia falar de escusa do erro comum, no direito romano, por força do princípio da equidade, mas não por força da aparência, que é, esta última, construção do direito moderno²⁰.

Na Idade Média, partindo dessas hipóteses do direito romano e, sobretudo, do texto contido no Digesto 33, 10, 3, 5²¹, os juristas medievais generalizando, irão compor a máxima *error communis facit ius*, ou seja, a noção de que o erro comum cria direito, significando que a falsa impressão de um fato pela coletividade, quando genérica, atrairia a proteção do direito para o simples fato enganoso. Essa preocupação de sistematização do adágio *error communis facit ius* é encontrada em Accursio em diferentes lugares de suas glosas²². O erro cria o direito quando ele é partilhado por todo mundo, quer dizer, quando ele é intransponível. Este rigor na apreciação do erro é de natureza a limitar a aplicação do adágio a alguns casos excepcionais.

No século XV, se abriu caminho a uma aplicação original da aparência: os comerciantes descobriram o endosso da letra de câmbio. No início do desenvolvimento desse instituto jurídico, a letra de câmbio nada mais era que um instrumen-

to do contrato de câmbio trajetício, reputando-se essencial para a sua legitimidade não só uma remessa de dinheiro da praça, mas ainda a indicação do valor, a fim de ficar patente o contrato de compra e venda de moedas. Dessa maneira ficava a letra sujeita às disposições do direito romano relativas ao contrato de compra e venda (compra de dinheiro ausente por dinheiro presente) e livram-se da *labes usuraria* os interesses com ela obtidos, justificando-se esses interesses com a diversidade do câmbio nas praças sob as quais operava.

A partir de meados do século XV a letra de câmbio passa a ser meio de pagamento (inclusive de mercadorias a crédito), vindo a Ordenação de Comércio Terrestre francesa de 1673, a consagrar, agora em lei e não mais com base na teoria da aparência, as principais características da cambial nessa época, a saber: o endosso sem restrições, a letra de câmbio representando valor fornecido em mercadoria, a letra ao portador, a inoponibilidade de execução ao terceiro de boa-fé, a exigência da provisão e a distinta *loci*²³.

A doação da cláusula à ordem, a criação do endosso, a vulgarização do uso das letras entre os não-comerciantes, todas essas sucessivas transigências com o rigor recebido do primitivo conceito alteraram essencialmente a natureza da letra de câmbio. Esta, de mero título de um determinado contrato, passou a ser meio de liquidação de qualquer espécie de contrato, instrumento de contrato acessório, subsistindo distinta, embora independente, da causa que o gerara.

A aparência é o fundamento pelo qual se permite ao terceiro, portador, ignorar os vícios que não aparecem na simples leitura do título. O formalismo impera, porém sua finalidade não é mais a de criar uma obrigação, mas sim a de tornar legítimo o erro cometido sobre a fé na cártula.

Outro instituto medieval que viria a regular as situações patrimoniais aparentes é a *Gewere* do direito germânico. A *Gewere* consistia no estado de fato do poderio que uma pessoa tinha sobre uma coisa e era externada através do efetivo exercício das faculdades decorrentes desse estado de fato. Como bem expressa Fabio Maria de Mattia²⁴:

A grosso modo, poder-se-ia dizer que era a senhoria de fato sobre uma coisa, que correspondia a um direito real sobre essa mesma coisa, de forma que quem detivesse a Gewere era tido como dono da coisa.

Aquele, a quem ele a alienasse, tornava-se dono da coisa, ainda que dele não fosse, mas lhe tivesse sido entregue, em confiança, por outrem.

Ao princípio do direito romano 'nemo plus iuris alium transferre potest, quam ipse haberet' opunham-se as máximas germânicas 'trau, schau, wen' e 'hand wahre hand', de sorte que quem havia de confiar alguma coisa a outrem,

¹⁹ Tradução livre de Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, Lex Nova, 1988, pp. 780-781.

²⁰ Vicente RAO, *Ato jurídico*, 3.ª ed, Revista dos Tribunais, 1994, p. 202.

²¹ "§ 5º - Y no importa de que materia sean las cosas que se comprenden en el ajar; pero no se comprende en el ajar la copa grande de plata, ni ningún vaso de plata, conforme a la severidad de los tiempos que no admitían todavía ajar de plata. Hoy, a causa de uso de los imperitos, si el can-delabro de plata há sido comprendido en la plata, se considera que es de la plata, y el error hace derecho". Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, Lex Nova, 1988, t. II, Primeira Parte, p. 651.

²² Comentando a lei Barbarius Philippus (D. 1.14.3), Accursio explica a verdadeira razão que fez considerar o escravo como verdadeiro pretor: não é porque este recebia o salário, mas "*hic autem est plus, scilicet communis error, qui facit jus*".

²³ "Assim o formalismo (segurança baseada na aparência) é fator preponderante para a existência válida dos títulos de crédito, eles só são eficazes na medida em que se subsumem (se "conformam") na forma estereotipada da lei. Não haverá força para os princípios básicos: autonomia das obrigações, literalidade e abstração (nos não causais ou para a doutrina alemã *Kausalass*), sem a observância daqueles traços mínimos (requisitos essenciais) que a forma plena da lei impõe. A lei como que fixa o modelo a ser seguido, para que o "fluxo do devenir" não provoque confusões que, em matéria de circulação de riquezas, seriam altamente danosas à economia moderna, cuja característica marcante é a extrema exigência de rapidez e segurança nos negócios". Luiz AMARAL, *Forma e aparência nos títulos de crédito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, dez. 1985, v. 74, n.º 602, pp. 39-48.

²⁴ Fábio Maria de MATTIA, *Aparência de representação*, Cid, 1999, p. VII.

que olhasse a quem confiava, porque, se lhe fosse traída a confiança, se comprometia o seu direito sobre ela.

O adquirente tornava-se verdadeiro dono, mercê da aparência de direito de quem tivesse a coisa em seu poder e lhe transferisse.

Raffaele Moschella divide a história do instituto em três fases distintas: uma primeira, que deita raízes na escuridão do tempo, uma segunda, medieval, nos séculos XIII e XIV e uma terceira, moderna, a partir do século XIX.

No período antigo, quando se passa da propriedade do grupo para a propriedade individual, não se concebia o gozo sobre a coisa da parte de sujeito diverso do seu proprietário. Concebia-se uma só senhoria jurídica, aquela plena e incondicionada, a propriedade, à qual correspondia uma só senhoria de fato, aquela do proprietário²⁵.

Nesse ordenamento absolutamente primitivo e que acontece no quadro de uma vida tribal, o único caso no qual se colocava o problema de uma cisão entre o direito de propriedade e a posse era a detenção clandestina ou violenta da coisa.

Com o progresso da civilização cogita-se de formas diversas de gozo sobre a coisa e, sobretudo, se concebe uma maior circulação dos bens imóveis. Consoante dispõe Pontes de Miranda, a *Gewere* passa a identificar a chamada posse-direito (conjunto dos direitos e deveres derivados do poder fático sobre a coisa): a diferença entre a concepção romana e a germânica já se caracteriza na composição do suporte fático; o que uma considerava indispensável a outra dispensava (o *animus*). Depois de entrar no mundo jurídico o suporte fático, que podia ou não ser suficiente para o direito romano, a irradiação de efeitos do fato jurídico era normal. Daí falar-se em *Gewere* como conjunto de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções derivadas do poder fático sobre a coisa. O titular ficava investido no direito de reivindicar a coisa, bastando para tanto a simples afirmação de titularidade, cabendo à outra parte provar que tinha melhor título²⁶.

Segundo Moschella, a *Gewere* era aparência de direito (*Rechtsschein*) enquanto fenômeno, modo de se manifestar no tráfico jurídico, vale dizer no confronto com terceiro, da senhoria jurídica sobre a coisa, forma de publicidade do direito subjetivo. A *Gewere* dava uma aparência de direito, isto é, uma situação jurídica real, mas não definitiva, destinada a ceder a uma outra mais forte. Nessa formulação, a teoria da *Gewere* é o ponto de partida da elaboração da aparência jurídica, na dupla direção fundamental de legitimação formal e de princípio da publicidade²⁷.

Os princípios substanciais da *Gewere* se positivaram no Código Civil francês²⁸, onde ficou assentado que, em matéria de móveis, a posse equivale a título. O Código Civil italiano de 1865 reproduziu sem maiores precisões a regra do art. 2.279 do Código Napoleão, acentuando a idéia de uma verdadeira aquisição da propriedade, com a posse constituindo ela mesma o título de aquisição²⁹. O

²⁵ Raffaele MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Giuffrè, 1973, pp. 10-11.

²⁶ Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 1954, t. 10.

²⁷ Raffaele MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Giuffrè, 1973, p. 18.

²⁸ "Art. 2.279. *En fait de meubles la possession vaut titre*".

²⁹ "Art. 770. *Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo*".

mesmo ocorre com o Código Civil espanhol de 1889³⁰. Assim, a posse acarreta para o adquirente de boa-fé o direito de propriedade, ou pelo menos um título que serve como prova desse direito. Deste modo tutela-se a crença do adquirente, ainda que a titularidade do direito seja apenas aparente³¹.

Essa construção refinada logo iria espalhar-se para a chamada posse de direitos. Considerava-se possuidor, no sentido da *Gewere*, todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade. Assim o domínio significaria senhoria sobre as coisas corpóreas e a propriedade significaria titularidade de direitos incorpóreos, como a propriedade intelectual e artística, os direitos de crédito, a representação, entre outros. Também essas situações jurídicas subjetivas receberiam proteção em tutela da confiança daqueles que realizaram negócios na crença da legitimidade dos direitos transmitidos.

Paulatinamente os diversos ordenamentos foram incorporando regras de proteção aos adquirentes de boa-fé, em tutela de sua confiança. O Código Civil italiano de 1865 em seu art. 933 estabeleceu que são salvos os direitos adquiridos de terceiros por efeito de convenção a título oneroso com o herdeiro aparente desde que estes terceiros provem haver contratado de boa-fé. Também em seu art. 1242 dispôs que era válido o pagamento efetuado pelo devedor, em boa-fé, àquela pessoa que possuísse um crédito, aparentando ser o credor.

O Código Comercial alemão (HGB) igualmente dispunha em seu § 56 que as pessoas empregadas em uma loja ou depósito de mercadorias têm poderes para vender e receber, dentro dos limites usuais³².

O antigo direito civil alemão dos Estados previa o predomínio da teoria da aparência no caso de atos praticados pelo procurador cujo poder já se extinguiu, desde que os terceiros que trataram com o procurador tivessem desconhecimento objetivo dessa revogação, ou seja, o fato de que estes, obrando com a cautela usual dependida nos negócios, não pudessem conhecer a dita revogação. Isso estava previsto no Projeto de Codificação dos Estados de Hesse (art. 297), Baviera (art. 719) e Dresden (art. 715), além de no Código de Saxe (arts. 1.319 e 1.324)³³. Existiam também dispositivos análogos no Código Federal de Obrigações da Confederação Helvética de 1881 (art. 404).

O Código Civil alemão de 1900 (BGB) previu diversos casos de tutela da aparência em função da confiança suscitada em terceiros. Esse Código vincula a aparência ao princípio geral da publicidade. Ele admite a eficácia do ato entre terceiros e quem não é o verdadeiro titular do direito sempre que este, investido em um título formal, suscita naquele a convicção de que é o verdadeiro titular do

³⁰ "Art. 464. *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea*".

³¹ "É o caso de um adquirente que encarregou um de seus empregados de entregar sua aceitação e de concluir assim uma venda que lhe foi proposta. No momento da troca definitiva de consentimentos o vendedor está, por uma razão patológica qualquer, em puro estado de inconsciência. Ele dá uma aparência de consentimento e libera a coisa. O adquirente, que não testemunhou essas últimas negociações, crê a venda absolutamente válida; e este vendedor é, por outro lado, um mandatário ou um depositário infiel, que estava se fazendo passar por ser proprietário. O verdadeiro proprietário poderá reivindicar a coisa se apoiando sobre a nulidade do título de que se prevaleceu o possuidor? O direito francês não o permite". Raymond SALEILLES, *De la possession des meubles. Études de droit allemand et de droit français*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, 1907, p. 73.

³² Fábio Maria de MATTIA, *Aparência de representação*, Cid, 1999, p. 67.

³³ *Code Civil Allemand et Loi d'introduction* (trad. O. de Meulenaère), Librairie A. Marescq, 1897, p. 177.

direito. De acordo com esse entendimento qualquer título formal, de fé pública ou mesmo particular, fundamentaria a proteção de terceiro, que agiu na confiança que esse título lhe inspirou. É o caso dos atos praticados pelo herdeiro aparente, consubstanciado no § 2.370 do BGB, em que se estabeleceu que tais atos praticados pelo herdeiro aparente são válidos desde que este, reputado herdeiro por declaração anterior do *de cuius*, não tenha obrado com má-fé e os terceiros que com ele trataram não tivessem conhecimento da inexatidão da declaração do *de cuius* ou de sua impugnação pelos verdadeiros herdeiros.

São igualmente reputados válidos, no Código Civil alemão (§ 407), os atos praticados pelo devedor em relação ao credor anterior sobre os créditos que este último na realidade já cedeu. Estabelece esse dispositivo legal que são oponíveis ao novo credor todas as prestações feitas pelo devedor ao credor anterior, após a cessão, a menos que o devedor tenha conhecimento da cessão no momento da prestação ou do ato jurídico.

Do mesmo modo esse Código reconhece, na esteira da tradição do antigo direito alemão, o predomínio da teoria da aparência no caso de atos praticados pelo procurador cujo poder já se extinguiu (§§ 674 e 169 do BGB). São ainda reputados como casos de aparência o dos atos praticados pelo testamenteiro cuja função já cessou (§ 2.218 do BGB) e outros dispositivos esparsos do Código Civil alemão (§§ 405, 409, 370 e 793).

A idéia da aparência como fonte de obrigações, em casos determinados, também já se encontra plenamente prevista no Esboço do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, de 1864. Assim, este autor considerava que o pagamento feito de boa-fé a herdeiro aparente extinguiu a obrigação, ainda que posteriormente se provasse que a herança pertencia a outrem³⁴.

Também no Esboço no caso do casamento putativo, a existência de boa-fé por parte dos contraentes, assegurava a validade de todos os seus efeitos até a sentença que o anulava³⁵.

No Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas em seus artigos 3.011 a 3.013 e 1.043 era prevista também a tutela jurídica do mandato aparente³⁶.

³⁴ "Art. 1.042. O pagamento feito a quem não tinha direito de recebê-lo só extinguirá a obrigação: 3º. Se o pagamento for feito de boa-fé a um herdeiro ou herdeiros aparentes, que entraram na posse da herança; posto que se conheça ou se julgue depois, que a herança pertence a outro". Augusto Teixeira de FREITAS, *Esboço do Código Civil*, UnB, 1983, v. I, p. 249.

³⁵ "Art. 1.447. Se o casamento anulado for putativo, isto é, se foi contraído de boa-fé, produzirá os mesmos efeitos civis de um casamento válido dissolvido, observadas as distinções que abaixo se seguem."

"Art. 1.448. Se houve boa-fé da parte de ambos os cônjuges, o casamento putativo até o dia da sentença que o anular, produzirá todos os efeitos do casamento válido, não só em relação às pessoas e bens dos mesmos cônjuges, como em relação aos filhos". *Ibidem*, p. 304.

³⁶ "Art. 3.011. Será, porém, obrigatório para o mandante, seus herdeiros ou representantes, em relação ao mandatário, tudo o que este fizer ignorando sem culpa a cessação do mandato, embora tenha contratado com terceiros que dela sabiam, salvo o direito que lhes competir contra esses terceiros".

"Art. 3.012. Em relação a terceiros que, ignorando sem culpa a cessação do mandato, tenham contratado com o mandatário, o contrato será obrigatório para o mandante, seus herdeiros ou representantes, salvo seu direito contra o mandatário, se este sabia da cessação".

"Art. 3.013. É livre a terceiros obrigar ou não ao mandante, seus herdeiros ou representantes pelos contratos que houverem feito com o mandatário na ignorância da cessação do mandato, mas o mandante, seus herdeiros ou representantes não poderão prevalecer-se dessa ignorância para obrigá-los pelo que foi feito depois da cessação do mandato".

"Art. 1.043. O pagamento feito ao mandatário do credor, cujos poderes cessaram pelo falecimento deste, ou por terem sido revogados, extinguirá a obrigação, se o devedor ignorava o falecimento ou

Igualmente no Esboço se disciplinam os efeitos dos atos de sociedades de fins ou objeto ilícitos, ou irregulares. Nesses casos, Teixeira de Freitas reputava tais atos válidos perante terceiros de boa-fé, que com estas legitimamente contrataram, fundados na aparência de regularidade (arts. 3.076 e 3.078)³⁷.

De todo modo, não obstante, a aceitação de uma regra geral de eficácia da aparência de direito em proteção à boa-fé e à confiança de terceiros era extremamente controversa por atentar contra o próprio sistema de determinação dos direitos subjetivos. François Laurent chega a afirmar em oposição à eficácia da aparência de direito que: "o direito é a expressão da via eterna; como o erro poderia ser assimilado à verdade?"³⁸. Diversos autores clássicos comungavam dessa opinião, como Zachariae, Crome e Barassi³⁹, Giorgio Giorgi⁴⁰, Frédéric Mourlon⁴¹, Manuel de Almeida e Souza de Lobão⁴². Muitos autores brasileiros modernos também se opõem ao seu reconhecimento sem severas mitigações, como Fábio Konder Comparato⁴³ e Ricardo Pereira Lira⁴⁴. A jurisprudência só com muito cuidado vai concedendo tutela a estas situações de garantia da con-

a obrigação". Augusto Teixeira de FREITAS, *Esboço do Código Civil*, UnB, 1983, v. I, p. 249.

³⁷ "Art. 3.076. Quanto aos efeitos já produzidos [do contrato de sociedade], se a nulidade provier do fim ou objeto ilícito da sociedade:

3º. Terceiros de boa-fé poderão alegar contra os sócios a existência da sociedade, sem que os sócios lhes possam opor a nulidade.

4º. Terceiros de má-fé, isto é, que da sociedade ilícita tinham conhecimento, não poderão alegar contra os sócios a existência dela, e os sócios poderão opor-lhes a nulidade".

"Art. 3078 - Mas se a nulidade provier da falta de instrumento social ou da nulidade deste:

2º. Poderão outrossim alegar contra terceiros a existência da sociedade para demandá-los por obrigação que para com ela contraíssem, sem que esses terceiros lhes possam opor nulidade.

3º. Terceiros poderão alegar contra os sócios a existência da sociedade, sem que os sócios lhes possam opor nulidade; e também poderão alegar nulidade, sem que os sócios lhes possam opor a existência da sociedade".

Augusto Teixeira de FREITAS, *op. cit.*, p. 476.

³⁸ François LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3.ª ed., Bruylong-Christophe, 1878, t. XIII, n.º 281.

³⁹ CROME et al., *Manuale del diritto civile francese: di Zachariae von Lingentha*, Libreria, 1907, v. II, § 395, pp. 685-686.

⁴⁰ Giorgio GIORGI, *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*, 3.ª ed., Cammelli, 1891, v. III, n.º 272.

⁴¹ Frédéric MOURLON, *Repetitions écrites sur le Code Civil*, 2.ª ed., Editeur Garruer, 1880, t. II, p. 507.

⁴² Manuel de Almeida e Sousa de LOBÃO, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes edicoes às primeiras do bacharel joaquim jose caetano pereira e sousa*, Imprensa Nacional, 1868, p. 33.

⁴³ "A teoria da representação aparente constitui um verdadeiro cotrabando ideológico no direito nacional. Um grupo de professores de direito e magistrados, fascinados pela novidade intelectual que nos vem do estrangeiro, demitiu-se do seu dever elementar de interpretar e analisar o direito pátrio em sua sistematicidade. O resultado foi nefasto". Fábio Konder COMPARATO, *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*, in *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, jul./set. 1998, v. 36, n.º 111, pp. 39-44.

⁴⁴ "Inexiste no direito brasileiro uma teoria geral da aparência; a aparência, em princípio, não é fonte de obrigação; a obrigação existirá, em nome da proteção de terceiros de boa-fé, quando a lei o determine ou a tanto se possa chegar pelo recurso à analogia" Ricardo César Pereira LIRA, *Considerações sobre a representação dos negócios jurídicos: A teoria da aparência e o princípio da publicidade na administração pública*, in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, [S.N.], 1993, n.º 01, pp. 301-321.

fiança⁴⁵. Assim, o reconhecimento jurídico da aparência de direito, malgrado a discussão quase secular, ainda enfrenta acentuados percalços⁴⁶.

3. Elementos da Aparência de Direito

Conforme visto acima, a aparência de direito pode ser definida como uma relação entre dois fenômenos, o primeiro uma situação de fato, imediatamente presente e real, que manifesta por ilação ou reenvio uma segunda situação jurídica, fazendo-a aparecer como real, quando na realidade não existe, ou existe com modalidade diversa daquela assinalada.

A proteção da aparência não se baseia na vontade privada. Trata-se, bem definida, de assegurar situações não consolidadas, fazendo com que se perfeccionem ou se consumem. Necessidade que é de ordem pública e se constitui mediante normas imperativas que fazem com que os benefícios que concedem sejam indisponíveis. Assim, não poderá quem, em virtude de posse de estado, tiver acedido a algo determinado, renunciá-lo. Nem cabe a renúncia do cônjuge de boa-fé no matrimônio putativo aos efeitos favoráveis deste, que se produzem inexoravelmente⁴⁷.

Importa agora analisar os elementos que configuram a chamada situação de aparência jurídica e que dão a esta a sua eficácia na tutela da confiança desperdada em terceiro.

O artigo 1.189 do Código Civil italiano,⁴⁸ que trata do pagamento feito ao credor aparente, define o primeiro desses elementos: é necessário que a aparência

⁴⁵ Rodolfo Sacco esclarece que na Itália a aparência foi a mais importante norma civilística criada de modo preterlegal. A Corte de Cassação passou a julgar segundo a regra de que aquele que é culpado de haver criado a aparência de uma situação não pode fazer valer o verdadeiro estado da coisa no confronto com o terceiro que havia confiado, sem culpabilidade, na aparência. Cf. Rodolfo SACCO, *Apparenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 4.ª ed., Editrice Torinese, 1998, Seção CIV, p. 357.

⁴⁶ A discussão contemporânea da aparência de direito com eficácia abrangente de todas as relações jurídicas é extremamente acirrada, como se pode verificar em: ALBAMONTE, *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, *Nuovo Dir.*, 1972, p. 810; ANGELICI, *Società apparente*, *Enc. Giur.*, 1993, v. XXIX; BALICE, *Considerazioni in tema di apparenza del diritto*, *Giur. mer.*, 1972, fasc. 1, 78; BESSONE-DI PAOLO, *Apparenza*, *Enc. Giur.*, 1988, v. II; CAMISA, *L'apparenza del diritto come principio generale*, *Foro Pad.*, 1985, v. I, p. 315; CECCHERINI, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del dominus*, nota a Cass., seção I, 29 abril de 1999, n. 4299, *Corriere Giur.*, 1999, p. 1501 *et seq.*; COLOMBATTO, *Creditor apparente*, *Digesto Civ.*, 1989, v. V; D'ORSI, *Sui limiti dell'apparenza del diritto*, *Giust. Civ.*, 1970, fasc. 9, p. 313; FALZEA, *Apparenza*, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 682; FERRERO, *Appunti in tema di apparenza giuridica*, *Giur. Comm.*, 1965, v. I, p. 189 *et seq.*; FORTUNATO, *Spunti sulla responsabilità in materia di apparenza della situazione giuridica*, *Temi*, 1975, p. 1 *et seq.*; GALGANO, *Società occulta e società apparente*, *Contr. Impr.*, 1987, p. 706 *et seq.*; GAMBINO, *Il principio dell'apparenza: analogia iuris o creazione giurisprudenziale?*, *Foro Pad.*, 1994, v. I, p. 329 *et seq.*; MANFREDI LUONGO, *Brevi appunti in tema di apparenza del diritto*, *Dir. e Giur.*, 1971, fasc. 3 (junho), p. 368 *et seq.*; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, [S.N.], 1975; MICCIO, *Appunti sui limiti del concetto di apparenza nel diritto*, *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, v. II, p. 310 *et seq.*; MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, [S.N.], 1973; ROMAGNOLI, *Società occulta, società apparente ed esigenze equitative*, *Società*, 1999, v. I, p. 35; SACCO, *Apparenza*, *Dig. Disc. Priv.*, I, 1987, p. 353; STOLFI, *Note minime sull'apparenza del diritto*, *Giur. It.*, 1976, v. I, p. 797; TRANQUILLO, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, *Giur. It.*, 1996, v. IV, p. 426.

⁴⁷ J. Ignacio Cano MARTINEZ, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Bosch, 1990, p. 59.

⁴⁸ Art. 1189. *O devedor que realiza o pagamento a quem aparenta ter qualidade para recebê-lo de acordo com circunstâncias unívocas, fica liberado se provar ter estado de boa-fé*.

tenha sido criada de acordo com *circunstâncias unívocas* capazes de gerar uma apreensão errônea da realidade.

Assim, a aparência, embora aproximada ao erro, com este não se confunde. O erro é um fenômeno individual e subjetivo. A aparência é um fenômeno social e objetivo. Consoante Falzea é o erro coletivo possível, ou seja, no sentido de que se trata de uma *situação social* que, segundo o comum sentir social de pessoa de média diligência em um dado momento, a interpreta com um dado significado, que não corresponde ao real. Coloca-se em relevo aqui, mais do que a percepção do sujeito, a causa idônea a produzir o erro, sendo esta evidentemente objetiva⁴⁹. A essa causa, fatos objetivos externamente perceptíveis, denominam-se “circunstâncias unívocas”, elemento da situação de aparência jurídica.

Quais são essas circunstâncias unívocas passíveis de gerar a aparência jurídica e como determiná-las? É preciso verificar cada caso e argüir se, de fato e em concreto, elas são capazes de acarretar objetivamente a aparência jurídica.

A Corte de Cassação italiana faz, por exemplo, uma interessante distinção entre circunstâncias unívocas na aparência pura e simples e na aparência culposa para estabelecer que, em certos casos, se considera que estas só estão presentes na aparência culposa, como são as hipóteses da representação aparente⁵⁰.

Nas hipóteses de representação aparente considera a Corte de Cassação italiana que o terceiro tem o ônus legal de verificar os poderes do representante e se mesmo assim é induzido em erro é porque um comportamento culposamente

⁴⁹ Angelo FALZEA, *Apparenza*, *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 694.

⁵⁰ “La cosiddetta apparenza di diritto non costituisce una fattispecie giuridica autonoma, un istituto generale caratterizzato da connotazioni definite e precise, ma rappresenta un concetto operativo nell'ambito dei singoli atti e negozi giuridici secondo il grado di tolleranza dei medesimi in ordine alla prevalenza di uno schema apparente su quello reale in vista del riconoscimento di effetti pratici contrastanti o diversi da quelli derivabili dalla situazione reale (...). L'apparenza del diritto può presentarsi nelle forme di apparenza pura e semplice o colposa: entrambe postulano l'errore di chi abbia confidato nello schema apparente e la scusabilità dell'errore, non determinato da colpa o da inosservanza di oneri legali di conoscenza o di attività da parte del soggetto caduto in errore; in ordine però alla rappresentanza è irrilevante l'apparenza pura e semplice, ma è rilevante l'apparenza colposa qualora un malizioso o negligente comportamento del preteso rappresentato abbia fatto presumere la volontà di conferire poteri rappresentativi mentre gli mancava la reale volontà corrispondente”. (Cass., 17 marzo 1975, n.º 1020, Foro italiano., 1975, I, 2267, nota de Di Lalla).

“Il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato in tema di rappresentanza, nei confronti dell'apparente rappresentato, dal terzo che abbia in buona fede contratto con persona sformata di procura, allorché l'apparente rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo, tale da giustificare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente.”

(Cass., 29 aprile 1999, n.º 4299, Mass. Giust. civ., 1999, 972)

“Il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato con riguardo alla rappresentanza, allorché, indipendentemente dalla richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante a norma dell'art. 1393, non solo vi sia la buona fede del terzo che abbia concluso atti con il falso rappresentante, ma vi sia anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente.”

(Cass., 18 febbraio 1998, n.º 1720, ivi, 1998, 366)

“La rappresentanza apparente è un'ipotesi di c.d. apparenza di diritto colposa perché ne sono elementi non solo l'apparente esistenza, in un soggetto, del potere di rappresentare altro soggetto e l'assenza di colpa nel terzo al quale il potere di rappresentanza appare, ma anche un comportamento colposo del soggetto apparentemente rappresentato che determina l'insorgere dell'apparenza.”

(Cass., 19 gennaio 1987, n.º 423, Nuova Giur. Civ. Comm., 1987, I, 486, nota de Ceccherini).

aparente representado possibilitou tal aparência. Deste modo, nessas situações só seriam circunstâncias unívocas capazes de gerar, de modo eficiente, a falsa impressão quanto aos poderes do representante, aquelas decorrentes de atitudes culposas do aparente representado. Embora a solução da culpa do aparente representado não seja a melhor resposta para a imputabilidade como elemento da aparência, como veremos a seguir, os acórdãos da Corte de Cassação italiana ilustram bem a idéia do que seriam condições unívocas ensejadoras da aparência de direito.

As circunstâncias unívocas podem decorrer não só da valoração e sopesamento dos fatos externos naturais, mas também de fatos externos artificiais, como sistemas de publicidade de atos jurídicos. Quando a lei prescreve específicos meios de publicidade para se fixar a existência e o conteúdo de uma situação jurídica, se está diante de uma circunstância unívoca para a configuração da aparência de direito. Não cabe falar em presunção absoluta de veracidade do registro ao qual se dá publicidade, apta a excluir a aplicação da teoria da aparência. Isto porque, em tema de imóveis, por exemplo, nosso ordenamento não agasalhou o princípio da presunção absoluta (da fé pública registral), tal qual ocorre na Alemanha e como corolário dessa assertiva, pode-se dizer que a presunção de veracidade do registro é relativa, podendo ser destruída em determinadas hipóteses. Igualmente isso ocorre em outras situações onde a lei impõe a publicidade.

Vicente Ráo⁵¹ sintetiza assim esses pressupostos para a caracterização da aparência de direito:

São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

Outro elemento que integra a aparência jurídica é o erro no qual incide aquele que, pela aparência, considera verdadeiro o que não é.

Erro é um vício do consentimento ocasionado por uma representação falsa da realidade, seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes.

Para acarretar a anulabilidade do negócio jurídico, que é o que primordialmente nos interessa em termos de aparência de direito, as declarações de vontade devem emanar de um erro substancial: será substancial sempre que da própria declaração de vontade ou do próprio conteúdo do negócio resulte que este não teria se efetuado, se não fora o erro.

Da necessidade de substância para a configuração de erro apreciável em direito resulta a noção de sua escusabilidade: se houver falta injustificável da parte de quem caiu no erro, o contrato subsiste. O direito não protege o erro grosseiro, que poderia ser percebido por uma pessoa rústica, sem grandes conhecimentos ou cultura. Divergiam os autores acerca do grau de intensidade do erro escusável. Para Clóvis Beviláqua, não basta que o erro seja substancial, sendo necessário

⁵¹ Vicente RÁO, *Ato Jurídico*, 3.ª ed., Max Limonad, 1965, p. 243.

que seja, ainda, escusável, ou seja, baseado em uma razão plausível, ou ser tal que uma pessoa de inteligência comum e atenção ordinária possa cometê-lo⁵².

Como determinar, porém, esse padrão? Seria o da efetividade do ato, segundo as condições pessoais da parte que o alega ou o do homem médio diligente em seus negócios. No Brasil, o Código Civil de 2002 veio espocar essas dúvidas definindo o erro escusável como aquele que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Trata-se da adoção de um padrão médio objetivo do homem comum – o *vir medius* –, temperado pelas circunstâncias do negócio, para a aferição da escusabilidade⁵³. A norma é assim a conduta do homem médio, porém considerando as circunstâncias do negócio. Assim, um profissional liberal, de elevado grau de escolaridade e padrão cultural, poderia obrar em erro quando, por exemplo, realizasse negócios agrícolas. A conduta do agente e as circunstâncias do negócio deverão em conjunto ser aferidas objetivamente para se determinar se se trata ou não de erro escusável⁵⁴.

O erro capaz de fazer incidir a tutela da aparência é também aquele erro objetivo, escusável, erro em que incidiria qualquer pessoa prudente⁵⁵ nas mesmas condições. Como expõe Angelo Falzea⁵⁶, “a lei requer que o *errôneo convencimento tenha sido causado por uma situação de fato tal que qualquer sujeito médio da coletividade teria incidido no mesmo erro*”.

Há que se diferenciar essa modalidade de erro daquela do erro *communis* ou ainda erro invencível de que falava a doutrina francesa como fundamento da aparência de direito no adágio *error communis facit ius*.

Segundo Henri Mazeaud, o princípio da máxima latina era o de que toda vez que um erro de fato ou de direito fosse invencível, isto é, não houvesse possibilidade de escapar-se de cometê-lo, e que esse entendimento errôneo fosse compartilhado por todos ou pela grande maioria das pessoas de conhecimento e compreensão normais, dever-se-ia aplicar o adágio. Isto é, como uma regra de ordem pública, protetora do interesse social, contra o princípio da autoridade da lei. Nesses casos, a aparência invencível é colocada no mesmo plano que a realidade⁵⁷.

A origem do *error communis* deve-se aos glosadores, que pretendem descobri-lo no Digesto: ele estava em seu espírito, mas não em sua letra⁵⁸. Abrigada na autoridade do direito romano, a referida máxima foi adotada sem discussão

⁵² Clóvis BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, 10.ª ed., Francisco Alves, 1953, p. 269. Em idêntico sentido, cf. F. AMARAL, *Direito Civil: introdução*, 2.ª ed., Renovar, 1998, p. 487; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 8.ª ed., Freitas Bastos, 1961, v. III, p. 297.

⁵³ José Carlos Moreira ALVES, *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, Saraiva, 1986, p. 110.

⁵⁴ “Enquanto que o erro escusável apóia-se, preferencialmente, no aspecto objetivo, à semelhança do ocorrido com a mudança havida no instituto da responsabilidade civil, que saiu do terreno subjetivo (noção de culpa) para o objetivo (risco do empreendimento)”. Hélio BORGHI, *Ausência e aparência de direito. Erro e a simulação*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n.º 734, dez. 1996, pp. 763-771.

⁵⁵ “Concluindo, em todas as hipóteses importa se dê proteção aos terceiros, exigindo-se, somente, que seu erro provenha de circunstâncias aptas para enganar o indivíduo médio. A aparência substitui a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente”. Arnaldo RIZZARDO, *Teoria da Aparência*, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n.º 24, mar. 1982, pp. 222-231.

⁵⁶ Tradução livre de Angelo FALZEA, *Apparenza, Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 697.

⁵⁷ Henri MAZEAUD, *La Maxime “Error communis facit ius”*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, pp. 930-932.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 933.

na jurisprudência dos Parlamentos franceses que invocavam o princípio da *Lex Barbarius Philippus* para cobrir as irregularidades. Tratava-se, portanto, de um princípio solidamente estabelecido que foi confirmado após a promulgação do Código Napoleão pelo aviso do Conselho de Estado de 2 de junho de 1807, aviso interpretativo que tinha força de lei em virtude da Constituição do ano VIII⁵⁹.

A máxima do *error communis facit ius* se destina primordialmente à proteção do interesse público, à confiança generalizada em dada situação aparente:

*Aqui, como nós indicamos trata-se de proteger o interesse social. É o interesse público que está em jogo, e o interesse público não se absorve na contemplação de um só indivíduo. Esse interesse não é ameaçado senão, não apenas um indivíduo, mais um muito grande número de indivíduos incidiu ou pode incidir no erro; com isso está então criada uma situação aparente na qual qualquer um pode legitimamente se fiar.*⁶⁰

O erro será comum quando, por um critério objetivo, o erro é compartilhado pela maior parte, senão por todos:

*Na procura da natureza jurídica do error communis, parece, se atentamos para o termo mesmo 'comum', que devemos nos fixar em um critério puramente objetivo, retirado do nome daqueles que se enganam: o erro é comum quando ele é partilhado pela maior parte, senão por todos. Não poderíamos exigir, com efeito, que o erro seja universalmente partilhado, embora, bem frequentemente, aquele mesmo que criou a aparência está de má-fé; ele conhece perfeitamente a verdade. É assim que o proprietário aparentemente freqüentemente se apropria fraudulentamente da coisa; que o mandatário aparente é aquele que age sem nenhum mandato; a jurisprudência não faz a aplicação da máxima senão quando a segurança social é ameaçada.*⁶¹

Para que se aplique o adágio também é necessário que o erro seja inescusável, que não pudesse ser previsto, nem impedido. Para Mazeaud⁶², de acordo com a jurisprudência francesa, não basta portanto que o erro seja somente escusável, mas sim, obrigatório e necessário:

A jurisprudência mostra-se mais rigorosa. É preciso, afirmam os acórdãos, que aquele que incidiu no erro não tenha podido nem prevê-lo, nem impedi-lo, que nenhuma prudência humana tenha podido preveni-lo. O erro deve ser

⁵⁹ Henri MAZEAUD, *La Maxime "Error communis facit ius"*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, p. 934. Acresça-se, todavia, que o obstáculo mais decisivo para se admitir a vigência do *error communis facit ius* é o de que em nenhum texto de lei é escrita uma regra de tal gênero, como lembra Vitório de VILLA, *Error communis facit ius*, *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, 1938, p. 482.

⁶⁰ Tradução livre de Henri MAZEAUD, *op. cit.*, p. 936.

⁶¹ *Ibidem*, p. 936.

⁶² *Ibidem*, pp. 937-938.

tal que foi impossível garantir-se, e tal que os mais prudentes e mais precavidos – ou seja, o excelente pater familiaris – cometeram-no como aquele que reclama o benefício, e naquilo que lhe concerne a ele foi moralmente impossível de evitá-lo.

O erro, para a jurisprudência, deve por conseguinte ser não somente escusável, mas obrigatório e necessário: ele deve ser 'invencível'; a expressão traduzindo exatamente o espírito dos acórdãos.

Henri Mazeaud ressalta, contudo, que um erro pode se constituir em *error communis* mesmo quando ele não é admitido por um grande número de pessoas: basta que ele seja invencível. E será invencível quando se basear num ato emanado de uma autoridade (que tem presunção de veracidade) ou quando, de acordo com os usos correntes numa época determinada, forem insuperáveis. O critério de invencibilidade do erro deverá ser julgado objetivamente pelos magistrados, que, na avaliação da qualidade destes, são plenamente soberanos⁶³. Uma situação de fato contrária ao direito não pode ser mantida senão quando a segurança social a exige; ora, a aplicação estrita da lei não ameaça a segurança social, exceto no caso em que a violação da regra de direito é necessária e obrigatória.

Jean Calais-Auloy⁶⁴ esclarece que o erro fundamentador da aparência jurídica não pode ser o erro *communis* porque a máxima não permitiria explicar diversos casos de aparência de direito, mormente no que se refere ao direito comercial:

Mas o adágio 'error communis facit ius' não pode servir de fundamento às aplicações que faz o direito comercial da teoria da aparência, porque, neste direito, o erro não é necessariamente invencível. Constatemos que, na maior parte das hipóteses, os terceiros beneficiários da aparência teriam podido, procedendo a certas investigações, conhecer a realidade. Não se pode falar de erro invencível quando este versa sobre a existência ou sobre a regularidade de uma sociedade cuja ficção ou irregularidade teria podido ser detectadas por um exame atento dos estatutos ou por investigações exaustivas sobre a pessoa dos associados. Não se pode falar de erro invencível a propósito do terceiro que contrata com um mandatário aparente, quando este teria podido se informar facilmente com o falso mandante sobre a realidade dos poderes do seu contratante. O erro não é invencível em matéria de efeitos de comércio, porque o portador pode sempre proceder às investigações externas para detectar a ausência das relações subjacentes. Como sobretudo falar de erro invencível no caso extremo onde a jurisprudência considera que os terceiros podem ignorar uma limitação de poderes que, no entanto, foi regularmente publicada?

Para este autor, devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais

⁶³ Henri MAZEAUD, *La Maxime "Error communis facit ius"*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, pp. 938-939.

⁶⁴ Tradução livre de Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, p. 28.

e à segurança dinâmica das relações jurídicas, que exige uma dispensa maior de investigações, deve-se procurar um fundamento da aparência que seja menos imperioso, compartilhado pela massa, não o erro invencível, mas erros capazes de ocorrer no cotidiano, no mundo apressado das relações civis e comerciais.

Calais-Auloy fundamenta a teoria da aparência na idéia do erro legítimo ou erro escusável. Argumenta ele que a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto, engajada porque correu um risco, aquele de provocar por sua atividade uma aparência enganosa.

A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Porém trata-se de uma segurança estática, própria do direito civil, dos direitos já adquiridos e consolidados, e não da segurança dinâmica mais afeita ao direito comercial, à fortuna em movimento. Assim, a idéia de risco aplicado à aparência é uma idéia de aparência criada. A pessoa é engajada porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa; ela é engajada no limite dessa aparência, e não no limite dos danos eventualmente resultantes⁶⁵.

Argumenta ainda esse autor que, se um risco é posto no encargo de certas pessoas é porque outras pessoas mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade moderna exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela aparência. A explicação desse direito se encontra no erro legítimo cometido sob o engano das aparências⁶⁶.

Lorenzo Mossa também encontra no risco o fundamento da aparência, ao tratar da declaração cambiária. Argumenta esse autor que não é sob o fundamento da vontade ou da culpa, sob um fato subjetivo, que se pode apoiar a proteção do interesse da generalidade das pessoas, mas sob o fato objetivo do risco e do dano. O risco deve recair no patrimônio daquele que é apresentado; sem a subscrição da cambiária o risco não nasce, assim, é portanto no patrimônio do subscritor que o risco surge e se forma. Não vê Mossa uma razão para transferir o risco do subscritor para a generalidade, uma vez que vê na espécie uma fecunda combinação do princípio do risco com aquele da proteção do interesse geral⁶⁷.

Como bem aduz Angelo Falzea, na *fattispecie* da aparência a consequência jurídica do erro não é a anulabilidade, como no erro ordinário, mas sim permitir que o ato ou negócio produza os efeitos que lhe são próprios. No conflito que se estabelece entre o interesse do efetivo legitimado – interesse que só pode ser preservado através da ineficácia do ato – e o interesse do terceiro que por causa da aparência incidiu em erro objetivamente escusável – interesse que, ao contrário do anterior, não pode ser atendido senão através da eficácia – a lei dá primazia a este último. O erro objetivamente escusável na *fattispecie* da aparência encerra, portanto, uma *ação sanante* e se contrapõe à figura ordinária do erro que, ao revés, encerra uma *ação viciante*⁶⁸.

Vareilles-Sommières, estudando o erro no direito romano, pontificava que a razão de direito recusava em princípio o poder do erro, exorbitante de todos os

⁶⁵ Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, pp. 24-25.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 32-34.

⁶⁷ Lorenzo MOSSA, *La dichiarazione cambiaria*, *Rivista di Diritto Commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930, v. XXVIII, Primeira Parte, pp. 310-311.

⁶⁸ Angelo FALZEA, *Apparenza*, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, pp. 698-699.

parâmetros, de validar atos nulos. Não obstante dispunha que existiam algumas exceções a este grande princípio tão necessário e tão racional. Em um pequeno número de casos as condições em que se produzia o erro são tais que o legislador pode, sem perigo e mesmo com proveito para o interesse geral, conceder-lhe o efeito de validar no todo ou em parte atos juridicamente nulos. Esse privilégio só deveria ser dado com parcimônia. É preciso que o erro seja, em todos os casos, escusável e digno de interesse; é preciso que a nulidade radical seja ruína para a vítima do erro e sem grande vantagem para qualquer outra pessoa; mister ainda, sobretudo, que a ordem pública seja interessada na consolidação do ato, para que a lei se resigne a delegar essa força ao erro⁶⁹.

No mesmo diapasão, Carvalho Santos assevera que, na aparência de direito, tem-se a presença do chamado erro sanante, confirmador ou legitimante, que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como confirmador do negócio, *in verbis*⁷⁰:

Enquanto o erro essencial ou substancial permite que um ato válido seja anulado, o erro sanante, ao contrário, permite que um ato ineficaz se torne válido, mantendo-se os seus efeitos em favor da parte que errou. A explicação de tal fenômeno é dada pela Teoria da Aparência.

O terceiro dos elementos da aparência de direito é a boa-fé, que para fins de legitimidade da aparência é aquela referida à falta de ciência ou ignorância acerca das características de uma dada situação, ou seja, a boa-fé subjetiva. Existem duas acepções de boa-fé, ou duas boas-fés, no sentido jurídico. A primeira é a boa-fé subjetiva que os alemães definem como *guter Glaube* (boa crença) e a segunda a boa-fé objetiva referida por *Treu und Glaube* (lealdade e crença).

A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, na definição de Fernando Noronha, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que ele crê legítimas⁷¹.

Discute-se na doutrina os elementos que caracterizam a boa-fé subjetiva: se basta a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que caracteriza a boa-fé psicológica ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável no chamado entendimento ético da boa-fé.

A primeira concepção remonta ao art. 550 do Código Civil francês⁷², que não exige mais do que o simples desconhecimento do fato para a caracterização da boa-fé. Nessa concepção psicológica, boa-fé contrapõe-se à má-fé, ou seja, a

⁶⁹ Gabriel de Labroûe VAREILLES-SOMMIÈRES, *Étude sur l'erreur en droit romain et en droit français*, Cottillon et fils Éditeurs, 1871, pp. 90-91.

⁷⁰ J. M. Carvalho SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado* (atualizado por Semy Glanz), Freitas Bastos, 1981, v. XXXIII, sup. VIII (arts. 1-145), p. 266.

⁷¹ Fernando NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, Saraiva, 1994, p. 132.

⁷² "Art. 550. *Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus*".

pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não ignora, e está de má-fé.

Na concepção ética da boa-fé exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância que seja desculpável da situação de lesão do direito alheio. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado; ela estaria de má-fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposos⁷³.

A concepção ética da boa-fé pode estar presente mesmo nos casos em que o título de legitimação não é existente e viciado, mas meramente putativo. Sergio Stoglia exemplifica com o caso do herdeiro aparente em que o herdeiro se torna tal por um fato *ope legis* (ao contrário do matrimônio putativo onde há um título solene e normal). O título jurídico de chamada a suceder é proveniente de circunstâncias estranhas ao aparente herdeiro e pode mesmo ser originário de circunstâncias e fatos inexistentes, mas que se apresentam fornidos de uma exterior aparência de perfeição, o que cria no herdeiro a convicção de tratar-se da verdadeira realidade. Ele, assim, baseará a sua boa-fé sobre uma convicção de aparência, ou seja, sobre um título putativo, mas não obstante isso estará de boa-fé na sua dimensão ética porque escusável o erro⁷⁴.

Alguns autores, como Emmanuel Levy, pressupunham que para caracterizar a aparência de direito bastaria a existência dessa boa-fé psicológica, sustentando que os direitos repousam sobre as crenças⁷⁵. Cada indivíduo deveria ter uma confiança legítima na regularidade de seu direito e a cada qual incumbiria a obrigação de não a iludir, de sorte que se alguém por sua atividade ou inatividade violasse esta obrigação, deveria suportar as consequências de sua atitude: quando, pois, um terceiro acreditasse na operação realizada por um titular aparente, o titular verdadeiro não a poderia invalidar desrespeitando a confiança legítima que houvesse criado. Aqui, a crença errônea seria criadora de direito.

Calais-Auloy⁷⁶ critica essa teoria argumentando que, se a boa-fé do contratante é condição necessária para a configuração da aparência de direito, ela não é, contudo, suficiente para cobrir, em princípio, a inexistência jurídica ou a nulidade de uma situação ou de um ato:

Em virtude da teoria da aparência, um direito é criado em proveito da pessoa que se enganou. Mas aquilo não quer dizer que de todo erro resultará um direito. É necessário ainda que este erro tire a sua legitimidade da existência de um elemento visível diferente da realidade oculta. É portanto a boa-fé que se torna eficaz por se apoiar sobre aparência e não a aparência por se apoiar sobre a boa-fé.

Esclarece esse autor que para se prevalecer da aparência é necessário, primeiramente, que se tenha cometido um erro, acreditando-se que a situação aparente era uma situação verdadeira. Esse erro confunde-se com a noção corrente de boa-fé crença.

⁷³ Fernando NORONHA, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁴ Sérgio STOGLIA, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930, pp. 28-29.

⁷⁵ Emmanuel LEVY, *Les droits sont des croyances*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Sirey, 1924, t. XXIII, pp. 59-61.

⁷⁶ Tradução livre de Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, p. 30.

Mas embora necessária essa boa-fé, não é suficiente para configurar o erro criador de direito. É preciso também a legitimidade dessa crença, ou seja, que a realidade esteja escondida sob um elemento visível diferente e que este conduza os terceiros a se enganarem, tomando a aparência por realidade⁷⁷. Para Calais-Auloy nas relações sociais modernas e particularmente no direito comercial, a segurança dinâmica é mais favorecida, pois o erro é protegido mesmo se ele não é invencível, basta somente que seja legítimo. Assim são satisfeitas as necessidades de circulação (pois que nenhuma pessoa hesitará em tornar-se adquirente) e de rapidez (pois que nenhuma pessoa será submetida a proceder a longas investigações)⁷⁸.

Como bem esclarece Francisco Antonio Paes Landim Filho, ao tratar do credor aparente, modernamente a posse de crédito ou posse de título foi substituída pela aparência de credor que, ao lado da boa-fé, passou a compor a figura do credor putativo. É a aparência da situação de credor ou aparência fundada de credor ao lado da boa-fé que se configuram como elementos do tipo legal de credor putativo. Nesse delineamento, conclui, a boa-fé é aquela subjetivamente ética, apoiando-se no erro escusável do devedor⁷⁹.

Outro elemento ainda da aparência de direito é a onerosidade do ato praticado em erro. Elucida Gustavo Birenbaum em acurado trabalho sobre o tema da titularidade aparente⁸⁰ que, se em matéria de legitimação aparente, a proteção da confiança do terceiro de boa-fé sempre importará, invariavelmente, em um prejuízo do verdadeiro titular da situação jurídica aparente, parece ser um imperativo da justiça comutativa somente admitir-se a solução extrema da validade do negócio

⁷⁷ "O negócio jurídico firmado por preposto sem poderes não se inscreve entre as atividades do giro normal da empresa, não pode ser invocada a teoria da aparência para emprestar-lhe eficácia. A chamada teoria da aparência encerra uma das múltiplas espécies de conflito entre os elementos volitivos e a declaração, espécie que requisitos ou elementos vários peculiarmente caracterizam, entre os quais o da existência de uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que, à sua vista e consideração, as pessoas de boa-fé incidem exclusivamente em erro, tomando-a como situação de direito. Apesar da vontade errônea de quem assim procede, o ordenamento, atendendo à conveniência de imprimir celeridade ao comércio jurídico e à necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, reconhece como válidos os atos daquele modo praticados e efeitos jurídicos lhes atribui. O erro, dessarte, é eliminado por força da lei e a vontade de quem assim errou é preservada, não mediante a anulação do ato como sucede com os casos comuns de erro-vício, mas mediante o reconhecimento da eficácia das declarações que do mesmo ato formam o conteúdo. Para que a aparência produza os mesmos efeitos da realidade de direito é necessário concorram determinados requisitos objetivos e subjetivos. São seus requisitos enunciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente se apresentem como se fora uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas – *error communis facit jus* – c) que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou direito como se realmente existisse. São requisitos subjetivos enunciais da aparência: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu."

(Ap. 586-89, 28.11.89, 1.º CC TJRJ, Rel. Des. RENATO MANESCHY, ADV JUR, 1990, p. 136, v. 48146)

⁷⁸ Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, pp. 32-34.

⁷⁹ Francisco LANDIM, *O credor aparente*, Editora Cid, 1996, pp. 64-65.

⁸⁰ Gustavo Benjamin BIRENBAUM, *A titularidade aparente: eficácia do negócio realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima*, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, 2004, pp. 74-75.

realizado com um legitimado aparente quando aquele que errou de boa-fé tiver tomado parte em um ato a título oneroso. Faz-se necessário, pois, que a confiança a ser tutelada tenha derivado de um ato de disposição patrimonial.

Renzo Bolaffi preconiza a mesma solução ao tratar dos direitos adquiridos a título gratuito do herdeiro aparente. Nessa hipótese, no conflito de interesses entre o verdadeiro herdeiro, que resta prejudicado pela tutela acordada para a aparência, e o terceiro, que está de boa-fé, adquirente a título gratuito, o Código Civil italiano (de 1865) estabelece a preferência para o primeiro⁸¹.

Louis Crémieu ao tratar dos direitos adquiridos a título gratuito do herdeiro aparente esclarece que é um princípio tão lógico quanto eqüitativo que no conflito que opõe um indivíduo que procura evitar um prejuízo (*qui certat damno vitando*) e um outro indivíduo que luta por realizar um benefício (*qui certat lucro captando*), deve-se dar preferência ao primeiro em detrimento do segundo. As considerações de proteção ao crédito que inspiram a jurisprudência desaparecem quando se trata de liberalidade. Se é útil, a fim de assegurar a boa circulação dos bens, proteger os adquirentes, não há razões para assegurar a mesma proteção aos donatários⁸².

É somente quando o ato criado pela aparência de direito causa um efetivo prejuízo àqueles que legitimamente confiaram que se pode falar em tutela da aparência jurídica. O artigo 1.015 do Código Civil brasileiro de 2002 salienta bem o caráter oneroso do ato praticado pelo representante que excede culposamente os seus poderes ao explicitar em seu parágrafo único que o excesso poderá mesmo ser eficazmente oposto aos terceiros de boa-fé se se tratar de operação estranha aos negócios da sociedade. Assim, interpretando-se a *contrario sensu*, sempre que estivermos diante não de negócios, mas de atos unilaterais como a doação, em que o prejuízo é todo da sociedade aparentemente representada, será possível a anulação.

Por fim, a aparência pode apresentar-se de forma pura e simples ou ainda como aparência culposa. Releva então se considerar se a imputabilidade ao verdadeiro titular das consequências da situação aparente é um dos elementos da aparência jurídica.

Em determinadas hipóteses de aparência jurídica é quase de se pressupor a culpa do verdadeiro titular do direito, como na representação aparente⁸³. É o entendimento da Corte de Cassação italiana que, em matéria de representação aparente, exige como elemento do tipo a culpa do aparente representado⁸⁴.

⁸¹ Renzo BOLAFFI, *Le teorie sull'apparenza giuridica*, Rivista di Diritto Commerciale, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934, v. XXXII, p. 136.

⁸² Louis CRÉMIEU, *De la validité des actes accomplis par l'heritier apparent*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1910, ano 19, t. 9, p. 68.

⁸³ Cf. REsp 205275/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, e Proc. n.º 2.0000.00.494735-9/000, TJMG, rel. Des. Roberto Borges de Oliveira.

⁸⁴ "La cosiddetta apparenza di diritto non costituisce una fattispecie giuridica autonoma, un istituto generale caratterizzato da connotazioni definite e precise, ma rappresenta un concetto operativo nell'ambito dei singoli atti e negozi giuridici secondo il grado di tolleranza dei medesimi in ordine alla prevalenza di uno schema apparente su quello reale in vista del riconoscimento di effetti pratici contrastanti o diversi da quelli derivabili dalla situazione reale" (...) "L'apparenza del diritto può presentarsi nelle forme di apparenza pura e semplice o colposa: entrambe postulano l'errore di chi abbia confidato nello schema apparente e la scusabilità dell'errore, non determinato da colpa o da inosservanza di oneri legali di conoscenza o di attività da parte del soggetto caduto in errore; in ordine però alla rappresentanza è irrilevante l'apparenza pura e semplice, ma è rilevante l'apparenza colposa qualora un malizioso o negligente comportamento del preteso rappresentato abbia fatto presumere la volontà di conferire poteri rappresentativi mentre gli mancava la reale volontà cor-

Não obstante, mesmo nessas situações pode não existir qualquer culpa do aparente representado e, na prática vertiginosa dos negócios na sociedade, não há sentido em fazer se depender a eficácia da aparência a uma perquirição da suposta conduta culposa deste, como bem fica patente na prática dos tribunais⁸⁵.

Sobre esse entendimento ressalta Arnaldo Rizzardo⁸⁶ que o relevo na teoria da aparência deve ser dado à proteção do terceiro, exigindo-se que o erro provenha de circunstâncias aptas a enganar o indivíduo médio, sendo irrelevante a conduta do aparente representado para a aplicação do instituto:

As relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem essa obrigação, deverão suportar as consequências de sua atitude. A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos. [...]

Procura-se fazer reinar a justiça, impondo-se a existência de certo grau de credibilidade mútua nos relacionamentos sinalagmáticos, para tornar possível a vida social dentro de um padrão médio de honestidade e moralidade. A partir destas idéias, veremos o que é a aparência do direito.

Uma pessoa é tida, não raras vezes, como titular de um direito, quando não o é, na verdade. Aparece portadora de um valor ou bem, agindo como se fosse proprietária, por sua própria conta e sob sua responsabilidade. Não está na posição de quem representa o verdadeiro titular, ou de quem se encontra gerindo os negócios alheios. [...]

É o que se denomina teoria da aparência, pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé. [...]

Em síntese, na aparência apresenta-se como verdadeiro um fenômeno que não é real. O contratante ou o obrigado assente no adimplemento de um dever em relação à outra parte porque as circunstâncias causaram a convicção de ser ela a real titular de um direito. [...]

O princípio da proteção aos terceiros de boa-fé e a necessidade de imprimir segurança às relações jurídicas justificam a aparência. Orlando Gomes aponta três razões

respondente."

(Cass., 17 de março de 1975, n. 1020, Foro italiano, 1975, I, 2267, nota de Di Lalla)

"Il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato in tema di rappresentanza, nei confronti dell'apparente rappresentato, dal terzo che abbia in buona fede contratto con persona sfornita di procura, allorchè l'apparente rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo, tale da giustificare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente."

(Cass., 29 de abril de 1999, n. 4299, Mass. Giust. Civ., 1999, 972)

⁸⁵ Cf. TJSP, Ap. s/ Rev. 768.979-00/6, 25.ª Cam. Cível, rel. Des. Vanderci Álvares.

⁸⁶ Arnaldo RIZZARDO, *Teoria da Aparência*, Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, mar. 1982, v. 9, n.º 24, pp. 222-231.

principais, que servem igualmente, de fundamento: '1 - para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico; 2 - para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade, o que evidencia a aparência; 3 - para não tornar mais lenta, fatigante e custosa a atividade jurídica'. [...]

Concluindo, em todas as hipóteses, importa se dê proteção aos terceiros, exigindo-se, somente, que seu erro provenha de circunstâncias aptas para enganar o indivíduo médio. A aparência substitui a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente.

Fábio Maria de Mattia conclui bem essa caracterização da aparência jurídica gizando que, quando alguém é empregado ou trabalha como administrador de uma loja, justifica-se perfeitamente, pela atividade dessa pessoa, que possa realizar eficazmente para o seu empregador aqueles negócios que comumente competem a pessoas em tal posição. Ao lado desses, há ainda inúmeros outros que surgem no comércio jurídico diário, os quais devem ser tratados de forma análoga e nos quais, de modo geral, se conclui das circunstâncias externas por uma "relação" que autoriza o que age a representar o dono do negócio. Essa situação que aparece externamente gera a aparência de uma efetiva procuração e justifica a confiança na existência de uma procuração⁸⁷.

Luiz Fabiano Corrêa esclarece que a regra de que os efeitos da aparência só se produzem quando a situação de fato externa é imputável ao sujeito passivo da correspondente relação jurídica não é, contudo, absoluta. Existem exceções em que prevalece o que a doutrina alemã denomina "princípio puro da aparência de direito". Tais exceções referem-se aos casos em que a lei dispensa a imputabilidade da aparência de direito ao prejudicado pelos seus efeitos, em razão da necessidade de preservar a confiabilidade das instituições jurídicas por meio das quais se processa a circulação de determinados bens⁸⁸.

Por tudo isso, sendo estranha à vida de relação, não há que se falar em imputabilidade culposa do verdadeiro titular do direito como elemento da aparência jurídica⁸⁹.

4. Eficácia dos Atos Praticados com Aparência de Titularidade

Em tema de aparência a primeira opinião que se destaca é aquela dos que negam à aparência qualquer eficácia de direito. Aferram-se estes ao direito romano porque neste, em princípio, as conseqüências jurídicas previstas pelo ordenamento se aplicavam ainda quando com isso ocasionassem um prejuízo a uma pessoa

⁸⁷ Fábio Maria de MATTIA, *Aparência de representação*, Cid, 1999, p. 109.

⁸⁸ Luiz Fabiano CORRÊA, *A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais: esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo direito privado brasileiro à confiança na aparência de direito, em matéria patrimonial*, Interlex Informações Jurídicas, 2001, p. 408.

⁸⁹ Contra esse entendimento veja-se a posição de Fábio Konder Comparato: "Se o suposto mandante não faltou ao seu dever de diligência para impedir as atividades do falsus procurator, a ele não podem, obviamente, ser imputados os efeitos dos atos praticados por este: não se está, aqui, diante de atos inválidos, mas sim ineficazes, relativamente ao suposto mandante. O mandatário fica pessoalmente obrigado perante o terceiro com quem tratou (Código Civil de 1916, art. 1305)". Fábio Konder COMPARATO, *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*, *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, jul./set. 1998, v. 36, n° 111, pp. 39-44.

que, de boa-fé, atuou movida por um erro escusável. Era a aplicação do princípio *nemo potest plus iuris in alium transferre*.

Não obstante a rigidez desse princípio encontrou flexibilizações pontuais que, sem desvirtuá-lo de maneira geral, permitiram resolver de maneira mais justa situações nas quais a razoável confiança de terceiros merecia ser tutelada. Mediante a ação pretoriana e o labor dos juristas que gozavam do *ius respondendi* se efetuaram aplicações do que hoje se conhece como tutela da aparência jurídica⁹⁰.

Também assim nos casos de casamento putativo, em que a putatividade era subordinada ao concurso de três requisitos: *bona fide*, *opinioe justa* e *solemnitas* (boa-fé, erro escusável e celebração do casamento). Ocorrendo esses elementos, o matrimônio nulo produzia todos os efeitos do válido, em relação aos cônjuges de boa-fé. Era o que previa o livro segundo de Papiniano, no qual os imperadores Marco e Lúcio, por reescrito, deram por válido o casamento de Flávia Tertula com seu tio, por vontade de seu avô, julgando-o sempre seu marido, na ignorância do impedimento legal, de cuja união nasceram vários filhos⁹¹.

Os juristas a partir do século XVIII, não obstante essas exceções, rejeitam a aparência como instituto passível de engendrar situações de direito. São os casos já citados de François Laurent, Zacharie, Crome e Barassi, Giorgi Giorgio, Frédéric Moulon e Manuel de Almeida e Souza de Lobão. Tais objeções foram, entretanto, rechaçadas pela doutrina e pela jurisprudência, compelidas pelo desenvolvimento crescente das relações jurídicas, que vai impondo o seu império. Das razões doutrinárias para o reconhecimento do valor jurídico da aparência destacam-se as que passamos a expor.

A primeira noção de tal eficácia foi buscada na tradicional teoria da culpa. Como já dito, é o que expõe de maneira arguta Emmanuel Levy, que sustenta que os direitos repousam sobre as crenças⁹². Cada indivíduo deve ter uma confiança legítima na regularidade de seu direito e a cada qual incumbe a obrigação de não a iludir, de sorte que se por sua atividade ou inatividade violar esta obrigação, deverá suportar as conseqüências de sua atitude. Quando, pois, um terceiro acreditou na operação realizada por um titular aparente, o titular verdadeiro não a poderá invalidar desrespeitando a confiança legítima que houver criado. Aqui, a crença errônea é criadora de direito. Essa teoria, no entanto, é criticável porque se a boa-fé do contratante é condição necessária para a configuração da aparência de direito, ela não é, contudo, em princípio suficiente para cobrir a inexistência jurídica ou a nulidade de uma situação ou de um ato:

⁹⁰ D. 41, 10, 4. "O que o herdeiro entregou equivocadamente sem haver sido legado, se admite que possa usucapir o legatário que o possui como próprio". [tradução livre]

D. 41, 3, 36. "Pode ocorrer de muitas maneiras que alguém, induzido por um erro, venda uma coisa alheia como sua, e por ela possa usucapir um possuidor de boa-fé; por exemplo, se o herdeiro houvesse alienado uma coisa que havia sido deixada ao defunto em comodato, aluguel ou depósito, crendo aquele que pertencia à herança". [tradução livre]

⁹¹ D. 23, 2, 57, 1: "O Divino Marco e Lúcio, Imperadores, responderam por reescrito à Flávia Tertula por meio do liberto Mensor nesses termos: 'Nos inclinamos a teu favor, tanto pela larga duração do tempo que ignorando o direito permaneste em matrimônio com seu tio materno, quanto porque fostes casada por teu avô e pelo número de vossos filhos; e por isso, concorrendo todas essas coisas em uma só, confirmamos o estado de vossos filhos nascidos nesse matrimônio, que se contraiu faz quarenta anos, o mesmo que se legitimamente houvessem sido concebidos.'" [tradução livre]

⁹² Emmanuel LEVY, *Les droits sont des croyances*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Sirey, 1924, t. XXIII, p. 59-61.

Em virtude da teoria da aparência, um direito é criado em proveito da pessoa que se enganou. Mas aquilo não quer dizer que de todo erro resultará um direito. É necessário ainda que este erro tire a sua legitimidade da existência de um elemento visível diferente da realidade oculta. É portanto a boa-fé que se torna eficaz por se apoiar sobre aparência e não a aparência por se apoiar sobre a boa-fé.⁹³

Ela não explica todos os casos de aparência, uma vez que não é possível se fundamentar uma teoria jurídica nas crenças sempre cambiantes das pessoas e, pelo contrário, faltaria se identificar os critérios lógicos e objetivos que suscitasse, estes sim, a confiança das pessoas.

Outra solução, proposta por Basile Ionesco, foi a da extensão analógica aos casos de aparência dos efeitos jurídicos da simulação. Considerava o mencionado autor que a justificativa da aparência fundamenta-se em torno do art. 1.321 do Código Civil francês⁹⁴. Baseado em tal dispositivo se reconhece a eficácia do ato ostensivo nas simulações, sem consideração das ressalvas trocadas entre as partes do ato simulado. Ionesco depois de constatar que a aparência e a simulação produzem os mesmos efeitos, conclui que a sanção do art. 1.321 pode ser estendida a todas as hipóteses de aparência⁹⁵. Os fundamentos propostos para esse artigo são variados, uns argumentando que se trataria de uma aplicação particular das regras de responsabilidade civil, constituindo a simulação uma falta. Para outros, os efeitos da simulação corresponderiam a uma pena civil sancionando a intenção de enganar. Para outros ainda, o art. 1.321 se explicaria pelo adágio *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*⁹⁶.

Entretanto, como bem ressalta Calais-Auloy, seja qual for o valor das explicações dadas para a fundamentação da validade dos atos simulados, é impossível generalizá-las para aplicá-las a todos os casos de aparência:

Qualquer que seja o valor dessas explicações aplicadas à só simulação, este é impossível de se generalizar para se aplicar a todos os casos de aparência. Se falamos de uma falta ou uma pena, como explicar a responsabilidade da pessoa que, não tendo cometido nenhuma simulação, é enganada pela aparência, por exemplo, o associado membro de uma sociedade nula mas aparentemente regular? Se invocamos o efeito relativo das convenções, como justificar as consequências da aparência, quando a realidade não é escondida numa contra-declaração, mas em razão de uma dificuldade material de investigação, a propósito, por exemplo, das relações subjacentes às relações cambiais?⁹⁷

⁹³ Tradução livre de Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, p. 30.

⁹⁴ "Art. 1321. As reservas não poderão ter o seu efeito senão entre as partes contratantes, elas não têm qualquer efeito contra os terceiros." [tradução livre]

⁹⁵ IONESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, Estrasburgo [S.N.], 1927, p. 120.

⁹⁶ Tradução livre de Jean CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 20.

⁹⁷ Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, p. 20 [tradução livre].

A conclusão do autor é a de que a validade dos atos ostensivos na simulação, longe de constituir um princípio geral, é, na verdade, uma aplicação particular feita pelo legislador das regras da aparência. Para Calais-Auloy, as regras ditadas pela aparência não dependem da origem desta aparência: seja a sociedade aparente por irregularidade de sua constituição⁹⁸, seja por simulação, as consequências para os terceiros serão as mesmas, a validade dos atos ostensivos⁹⁹.

Um terceiro fundamento para a eficácia dos atos praticados com um titular aparente seria o risco. É a posição de Calais-Auloy que argumenta que a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto, enganada porque correu um risco, aquele de provocar por atividade sua uma aparência enganosa¹⁰⁰.

A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de enganar-se no limite de sua vontade. Porém, trata-se de uma segurança estática, própria do direito civil, dos direitos já adquiridos e consolidados, e não da segurança dinâmica mais afeita ao direito comercial, à fortuna em movimento. Assim, a idéia de risco aplicado à aparência é uma idéia de aparência criada. A pessoa é enganada – no limite dessa aparência e não no limite dos danos eventualmente resultantes¹⁰¹ – porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa.

Argumenta ainda o referido autor que se um risco é posto no encargo de certas pessoas, é porque outras pessoas mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade moderna exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela aparência. A explicação desse direito se encontra no erro legítimo cometido sob o engano das aparências.

Para se prevalecer da aparência é necessário, para Calais-Auloy, que primeiramente tenha-se cometido um erro, acreditando-se que a situação aparente era verdadeira. Esse erro confunde-se com a noção corrente de boa-fé crença.

Mas, apesar de necessária, a boa-fé não é suficiente para configurar o erro criador de direito. Mister também a legitimidade dessa crença, ou seja, que a realidade esteja escondida sob um elemento visível diferente e que este conduza os terceiros a se enganarem, tomando a aparência por realidade. Para o autor, nas relações sociais modernas, e particularmente no direito comercial, a segurança dinâmica é mais favorecida, pois o erro é protegido, mesmo se ele não é invencível, basta somente que seja legítimo. Assim são satisfeitas as necessidades de circulação (pois que nenhuma pessoa hesitará em tornar-se adquirente) e de rapidez (pois que nenhuma pessoa será submetida a proceder a longas investigações)¹⁰².

Embora mais abrangente, a fundamentação da eficácia da aparência pela teoria do risco não abarcaria igualmente a totalidade das situações tuteláveis pelo instituto, sendo muito mais uma fundamentação própria para o mundo dos negócios, como é o escopo do livro de Calais-Auloy. Situações nas quais inexistente

⁹⁸ Sobre sociedades aparentes, veja-se, por todos: Vittorio SALANDRA, *Le società fittizie*, *Rivista di Diritto Commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1932, v. XXX, pp. 290-314.

⁹⁹ Jean CALAIS-AULOY, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁰⁰ Cf. TJMG, Proc. n.º 2.0000.00.471802-7/000, rel. Mota e Silva, j. 10/12/2004, pub. 16/02/2005.

¹⁰¹ Jean CALAIS-AULOY, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹⁰² Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, pp. 32-34.

atividade do verdadeiro titular restariam sem proteção, o que nos leva também a afastar esse fundamento.

A doutrina francesa, com mais afinco, procura amparar o fundamento da explicação da aparência no erro comum, consoante o *error communis facit ius*.

Este adágio tem um sentido preciso: o erro cria o direito na medida somente em que é comum. O critério é, em sua origem, objetivo, procurando-se auferir se o erro é partilhado pelo conjunto do público. Com o refinamento das idéias jurídicas se substituiu esse critério objetivo por um critério subjetivo, o da invencibilidade: é preciso que a pessoa induzida a erro não pudesse nem prevê-lo ou impedi-lo. Estes dois tipos de critérios se reportam a uma mesma idéia, a de que a realidade só deixa de fazer valer seus direitos nas hipóteses em que os terceiros não têm estritamente nenhum meio de conhecer esta realidade.

Como já referido anteriormente, essa doutrina é questionável tanto porque não abrange todos os casos possíveis de aparência de direito, como também porque devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais e à segurança dinâmica das relações jurídicas, exige-se uma dispensa maior de investigações. Deve-se procurar um fundamento da aparência que seja menos imperioso, que não exija um erro absoluto, compartilhado pela massa, nem que seja invencível, mas erros capazes de ocorrer no cotidiano.

Também é importante ressaltar, como o faz Mariano D'Amélio, que o erro comum é a opinião errônea que tem a coletividade, é a convicção generalizada por força da qual todos reputam que certa situação de fato corresponde a uma situação de direito; ora, acrescenta, enquanto a opinião pública cria o direito (ou, como seria melhor dizer-se, enquanto cria o que supõe ser o direito) e contra ela a opinião individual não pode reagir, na aparência de direito é a situação de cada um (e não a opinião geral) o elemento que assume a importância maior e deve, conseqüentemente, ser examinado – atendendo-se às peculiaridades de cada caso¹⁰³.

Por fim cabe examinar aquele que é o efetivo fundamento para a eficácia do ato praticado pelo titular aparente: a confiança.

A confiança é definida em Luhmann como um mecanismo em que os atores sociais reduzem a complexidade interna do seu sistema de interação. Isto pode ocorrer pela adoção de expectativas específicas sobre o comportamento futuro de outros pela seleção de possibilidades, podendo basear-se em processos históricos, em características compartilhadas ou em mecanismos institucionais. Luhmann destaca três tipos de confiança: a processual, a baseada em características e a institucional.

A confiança processual está ligada ao passado ou a trocas realizadas anteriormente. É um processo cumulativo e incremental de construção da confiança por meio da acumulação gradual de conhecimento, direto ou indireto, sobre o outro, como a reputação, a marca e a garantia de qualidade. Pressupõe um grau de estabilidade e a existência de uma baixa troca de firmas e outras instituições de mercado, sendo esse tipo de confiança deliberadamente desenvolvido pelas empresas.

A confiança baseada em características surge da similaridade social e assume congruência social entre o que confia e o depositário da confiança, por pertencer ao mesmo grupo social ou à mesma comunidade. Compartilham uma mesma religião, *status* ético ou *background* familiar, que garante a construção de um

mundo em comum. Tal confiança baseia-se na atribuição de valores e não pode ser deliberadamente criada.

A confiança institucional parte da consideração de que a confiança não pode ser somente gerada pela familiaridade interpessoal. Os atores organizacionais podem não possuir características pessoais em comum ou uma história que garanta trocas futuras, mas mesmo assim deve haver uma forma impessoal de confiança. A confiança institucional é formada pela estrutura social formal, em que os mecanismos legais tendem a reduzir os riscos de confiança e tornam mais fácil sua existência, podendo ser deliberadamente produzida com a consideração de que seus mecanismos necessitam ser legitimados socialmente para serem efetivos¹⁰⁴.

É essa confiança institucional a que interessa ao direito e que recebe tutela jurídica. As relações sociais são inteiramente perpassadas por interações de confiança que, sedimentadas por valores, possibilitam as trocas e os acordos. Nesse aspecto, Alain Peyrefitte¹⁰⁵ desenvolve a tese de que a relação de confiança é o elemento primordial para explicar o desenvolvimento econômico e social das diversas nações:

O elo social mais forte e mais fecundo [de uma sociedade] é aquele que tem por base a confiança recíproca – entre um homem e uma mulher, entre os pais e seus filhos, entre o chefe e os homens que ele conduz, entre cidadãos de uma mesma pátria, entre o doente e seu médico, entre os alunos e o professor, entre um prestamista e um prestatário, entre o indivíduo empreendedor e seus comanditários – enquanto que, inversamente, a desconfiança esteriliza.

Decerto é temerário propor uma chave para a interpretação de fenômenos tão universais e essenciais como o desenvolvimento e o subdesenvolvimento; e mais temerário ainda arriscar-se multiplicando as abordagens que as diversas disciplinas oferecem, forçando mesmo suas fronteiras.

Foi o conhecimento do Terceiro Mundo que me convenceu de que o Capital e o Trabalho – considerados pelos teóricos do liberalismo tradicional, assim como pelos teóricos do socialismo, como os fatores do desenvolvimento econômico – eram na realidade fatores secundários; e que o fator principal, que com um sinal de mais ou com um sinal de menos afetava esses dois fatores clássicos, era um terceiro fator, que há vinte anos chamei de 'terceiro fator imaterial', em outras palavras, o fator cultural. [...]

Um terreno pareceu-me fecundo nesse sentido, o da história econômica do Ocidente no decorrer destes quatro últimos séculos. É um terreno firme, sobre o qual hoje dispomos de grande número de informações incontestáveis. Foi de fato nesse período, e em nenhum outro, em algumas sociedades da Europa, e não em outras, que nasceu o desenvolvimento.

¹⁰³ Mariano D'AMELIO, *Apparenza del diritto, Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 716.

¹⁰⁴ Niklas LUHMANN, *Confianza*, Antrophos Editorial, 2005.

¹⁰⁵ Alain PEYREFITTE, *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*, Topbooks, 1999, pp. 23-25.

Qual foi o fator de desencadeamento, o primum movens, que fez passarem – na Holanda, depois na Inglaterra, depois na Europa do Norte, depois em toda a Europa ocidental – sociedades tradicionais, sempre ameaçadas pelas epidemias, pela fome e por choques sangrentos, ao estado de sociedades desenvolvidas?

Quanto mais se estuda as origens da Revolução econômica, mais se duvida de que trata-se de uma ruptura brusca, resultante de uma causa única e que pode ser datada com precisão. E os historiadores estão sempre recuando o aparecimento do fenômeno. Sem dúvida é nos três ou quatro últimos séculos que é preciso procurar a prova de toda 'teorização' do desenvolvimento.

Examinando a cristandade ocidental no século XVI, somos levados a concluir que havia uma quase-igualdade de chances, com um evidente avanço no Sul. Nada poderia induzir a prever, na época, o impulso das nações que aderirão a uma das Reformas protestantes, nem o declínio relativo, ou até absoluto, das nações que permanecerão 'romanas'.

Ora, a partir do final do século XVI, a cristandade ocidental torna-se o teatro de uma distorção econômica. A Europa nórdica substitui a Europa latina como foco de inovação e de modernidade.

Contudo, é redutivo demais, para não dizer simplista demais, afirmar que a Reforma protestante seria como uma galinha dos ovos de ouro, e que deteria em si mesma o segredo do desenvolvimento econômico, social, político e cultural. A divisão entre uma Europa 'romana', que entra em declínio econômico, e uma Europa das Reformas protestantes, que toma impulso, reflete menos uma determinação do econômico pelo religioso – ou do religioso pelo econômico – do que a expressão de uma 'afinidade eletiva' entre um comportamento socio-econômico espontâneo e uma escolha religiosa. Pelo menos é essa a minha conclusão.

A sociedade de desconfiança é uma sociedade temerosa, ganha-perde: uma sociedade na qual a vida em comum é um jogo cujo resultado é nulo, ou até negativo ('se tu ganhas eu perco'); sociedade propícia à luta de classes, ao mal-viver nacional e internacional, à inveja social, ao fechamento, à agressividade da vigilância mútua. A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, ganha-ganha ('se tu ganhas, eu ganho'); sociedade de solidariedade, de projeto comum, de abertura, de intercâmbio, de comunicação. Naturalmente, nenhuma sociedade é 100% de confiança ou de desconfiança. Do mesmo modo que uma mulher nunca é 100% feminina, nem um homem 100% masculino: este comporta sempre uma parte de feminilidade, aquela sempre um pouco de virilidade. O que dá o tom é o elemento dominante. [...]

Em todo caso, que essa 'sociedade de confiança' possa um dia estender-se a todas as sociedades e lhes trazer, na diversidade das suas personificações, na unidade da sua ins-

piração, os benefícios morais e materiais por ela prodigados aos raríssimos povos que souberam realizar essa revolução cultural, a maior da história! Quando a estes, possam eles não se mostrarem nem filhos ingratos nem filhos pródigos, e compreender melhor o porquê do seu sucesso, não para reservar para si o privilégio, mas para dele guardar viva a força exemplar [...].

A relação entre confiança e desenvolvimento é assim central¹⁰⁶ sendo que a atividade econômica representa uma parte crucial da vida social e se entrelaça com uma grande variedade de normas, regras, obrigações morais e outros hábitos que, juntos, moldam a sociedade. Uma das lições mais importantes que podemos extrair de uma observação da vida econômica é a de que bem-estar de uma nação, bem como a sua capacidade de competir, são condicionados por uma única e sutil característica cultural: o nível de confiança inerente à sociedade em causa¹⁰⁷.

Anthony Giddens, em percuente trabalho, explica como a confiança torna-se uma relação institucional nas sociedades pós-modernas, ressaltando que se percebem três grandes forças dinâmicas na sociedade contemporânea: 1) a separação do tempo e espaço; 2) a existência de relações sociais em contextos sociais locais, sem que necessariamente haja contato face a face, mediadas pela confiança em meios de intercâmbio como dinheiro ou conhecimento; e 3) a reflexividade institucional, que corresponde à entrada contínua de conhecimento afetando as ações dos indivíduos e grupos, desestabilizando certas formas básicas de relações de confiança e resultando na ampliação da sensação de instabilidade e incerteza.

A separação entre tempo e espaço tende a impedir a formação das bases tradicionais de confiança fundamentadas na família, na amizade e no parentesco. Ao mesmo tempo, os sistemas abstratos tendem a desempenhar papel semelhante ao transferir a confiança "rosto no rosto" para o sistema legal, o governo e os códigos de conduta, para citar alguns exemplos, fazendo surgir uma situação ambivalente. De um lado os indivíduos depositam confiança em instituições ou mecanismos técnicos avalizados pelo conhecimento científico ou pela tradição e, de outro, assumem uma atitude reservada, intimista, sem abertura para a interação com o outro em relações pessoais. A confiança é referenciada mais pelos sistemas abstratos ou peritos do que pelo especialista.

Já a reflexividade social é baseada na afirmação de que as condições em que vivemos hoje na sociedade são cada vez mais o resultado de nossas próprias ações e, inversamente, nossas ações vivem cada vez mais para administrar ou enfrentar os riscos e oportunidades que nós mesmos criamos. Então, a confiança

¹⁰⁶ Sobre as relações entre confiança e desenvolvimento econômico e social das sociedades ver, dentre outros, os seguintes livros: Alain PEYREFITTE, *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*, Topbooks, 1999; Francis FUKUYAMA, *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*, Rocco, 1996; J. COLEMAN, *The foundations of social theory*, Harvard University Press, 1990; P. EVANS, *O Estado como problema e solução*, Lua Nova: revista de cultura e política, Rio de Janeiro, 1993, n.º 28/29, pp. 107-156; A. GIDDENS, *As consequências da modernidade*, Unesp, 1991, p. 177; R. D. PUTNAM, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, FGV, 1996; C. LANE, *Introduction: theories and issues in the study of trust*, C. LANE e R. BACHMANN (ed.), *Trust within and between organizations: conceptual issues and empirical applications*, Oxford University Press, 1998.

¹⁰⁷ Francis FUKUYAMA, *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*, Rocco, 1996, p. 21.

não é dada apenas pela filiação a uma família ou comunidade, mas também é construída por meio de escolhas.

Assim, a separação entre tempo e espaço, os mecanismos de desengajamento e a reflexividade institucional desestimulam certas formas básicas de relações de confiança dos atributos de contextos locais. Embora a confiança seja propriedade de expectativa de comportamento bilateral, existente entre indivíduos, ela também pode ser estendida para troca entre organizações, uma vez que os relacionamentos interorganizacionais são gerenciados por indivíduos em cada organização. A confiança nas relações interorganizacionais inclui, assim, um conjunto de expectativas entre parceiros com relação ao comportamento dos diversos indivíduos e à satisfação de cada um¹⁰⁸.

Questão complexa é aquela de saber se a frustração da confiança de outrem é suscetível de conduzir à obrigação de indenizar: existe o risco de excesso, perante o caráter aberto e extenso da proteção negativa da confiança. Há que se verificar, portanto, quais são os contornos da tutela jurídica daquilo que Luhmann define como a confiança institucional.

O regime próprio da responsabilidade pela frustração da confiança e sua articulação com as modalidades comuns de imputação de danos permanece incerto no direito. Aqui, pode assistir-se a uma inflação não apropriada do conceito indenizatório: não há porventura nenhuma delimitação rigorosa nem da base normativa que a desencadeia, nem das respectivas conseqüências. Há que se balizar isso com precisão.

Na doutrina alemã, a proteção indenizatória da confiança apresenta-se nos para os casos em que alguém deve responder pelos danos causados por uma declaração sua viciada ou inexata, ou então pela respectiva omissão, como ocorre, por exemplo, em situações de responsabilidade por informações incorretas. Corresponde-lhe uma responsabilidade por declarações (*Erklärungshaftung*): e a proteção indenizatória da confiança terá por função, antes de mais nada, tutelar posições jurídicas contra ataques lesivos (*Eingriffsschutz*) à pessoa ou ao patrimônio alheio, conduzindo à reparação dos danos daí resultantes. Eis, decisivo, o pensamento da confiança, porque este tipo de responsabilidade radica na circunstância de o lesado expor os seus bens, no âmbito do tráfico negocial, à intrusão da outra parte, e, nesse sentido, na atitude de confiar nela. A parte contrária apresentar-se-ia, enfim, onerada com deveres de proteção não subsumíveis à responsabilidade por declarações e responderia pelos danos causados pela sua violação¹⁰⁹.

No entanto, como esclarece Carneiro da Frada, o problema está na ambigüidade do conceito de confiança, do qual tanto se pode exprimir um dado psicológico individual do sujeito como a posição daquele que beneficia, independentemente de um ato de consciência da tutela jurídica de um interesse. A confiança deixa por saber se aquele que, por exemplo, no âmbito de um contrato, sofre um dano no seu restante patrimônio, é protegido *porque confiou de fato* na correção do comportamento da outra parte ou se é tutelado porque *devia poder confiar* (figurando-o ou não) em que o outro observaria a conduta exigível. No último caso avulta que parece que o decisivo na qualificação do ato lesivo é o puro e simples desrespeito da conduta violada. A querela entre uma concepção psicológica e um

entendimento normativo ou objetivo da confiança reflete o quanto nessa doutrina se mistura o fático e o normativo, deixando-se de distinguir claramente entre causa e efeito da proteção jurídica. Carneiro da Frada¹¹⁰, citando Bar, alerta que se corre o risco da argumentação circular: “*É lícito confiar porque existe um fundamento para a pretensão, esta nasce, porém, quando se confia*”.

Para superar essa aporia, no pensamento jurídico contemporâneo a mera referência à confiança como fundamento indenizatório surge, depois, substituída pelo conceito de relação de confiança (*fiduciary relationship*): singulariza, dentre as diversas situações de expectativas, aquelas que são de reconhecida relevância para efeito de responsabilidade.

Não obstante, orientações deste gênero prendem-se ainda assim ao pensamento da confiança, e podem mesmo chegar a suprimir a referência à tutela das expectativas. Emerge aqui uma neutral responsabilidade derivada da existência de ligações ou relações especiais (*special relationship*), base de deveres particulares de conduta capazes de conduzir à responsabilidade quando violados. Estes desenvolvimentos são, porém, uma compreensível tentativa de dar à confiança uma concepção objetivada: não importa o plano individual e psicológico, se o sujeito acreditou em determinada situação, mas averiguar racionalmente quando e até onde podia confiar. Destarte, o cerne da responsabilidade encontra-se nos fatores que decidem, e já não na confiança.

Para este entendimento contribuem evidentemente as dificuldades de prova de um estado de espírito concreto. Entra também em linha de conta, neste domínio, a ambigüidade da experiência dos sujeitos que misturam, passo a passo, confiança e desconfiança: as atitudes de confiança recortam-se antes de mais nada na conflitualidade; pelo lado inverso, é nos cenários de frustração das expectativas e da desconfiança que a tutela dos convencimentos mais é necessária.

Todos estes motivos implicam a construção da responsabilidade pela confiança em sede, sobretudo, da expectativa de cumprimento de determinados deveres de comportamento a que os sujeitos se teriam de vincular nos relacionamentos, pois os demais deveriam poder contar com a sua observância. Daqui a pergunta: não será mais exato fundamentar a obrigação de indenizar na violação das posições dos sujeitos protegidas por esses deveres, e como situação objetiva de responsabilidade? Não se tratará aqui de simples deveres de proteção direta dos interesses que realmente estão por detrás de uma situação de expectativa?

Este ponto de vista forneceria uma interpretação desligada das ficções aditadas freqüentemente às relações de confiança, e que servem por vezes de refúgio à responsabilidade pela frustração de expectativas. Importaria, portanto, substituir a confiança por critérios dogmáticos que atendam às características objetivas da situação interpessoal e às condutas que nela impõe a ordem jurídica.

Contudo, deste modo a confiança deixa de integrar o modelo normativo da responsabilidade e de ser fundamento desta: a construção da obrigação de indenizar sobre fatores objetivos, independentes das representações dos sujeitos, lança a responsabilidade pela frustração de expectativas para a órbita da responsabilidade por fatos ilícitos, uma vez que em responsabilidade civil o princípio é o de a obrigação de indenizar pressupor a infração de uma regra de conduta, sem importar para o efeito que esses deveres decorram do contrato ou de negócio

¹⁰⁸ Anthony GIDDENS, *As conseqüências da modernidade*, Unesp, 1991.

¹⁰⁹ Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra Editora, 1994, p. 251.

¹¹⁰ Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra Editora, 1994, pp. 252-253.

jurídico, que tenham sido imperativamente fixados na lei ou se fundamentem, em qualquer caso, nas determinações do direito objetivo¹¹¹.

A verdade é que esta concepção obriga a enfrentar a questão da relação entre responsabilidade pela confiança e as modalidades tradicionais da responsabilidade civil: terá de ser averiguado especialmente em que medida as pretensões indenizatórias por frustração da confiança não estarão inseridas simplesmente na inobservância comum de normas de comportamento, inobservância geradora, consoante os casos, de uma responsabilidade delitual ou obrigacional (sem que a confiança desempenhe então qualquer papel na emergência da obrigação de ressarcir os prejuízos).

Será pertinente diferenciar no seio da responsabilidade civil a ordem de proteção fundada na doutrina da confiança? O problema exige, em particular, uma análise no campo da responsabilidade delitual: o âmbito do negócio e da responsabilidade contratual está longe de abrangerem muitas das situações para as quais é reclamada uma tutela das expectativas. O ato danoso e a lesão são freqüentemente produzidos porque o lesado confiou na adoção, por outrem, da conduta que lhe era exigida e acabou por sofrer prejuízos. Se a confiança então não surge como fator de responsabilidade, porventura nada distinguirá e legitimará uma responsabilidade especial pelas expectativas frustradas.

A tutela da confiança, como sustenta Carneiro da Frada, deve abarcar um espaço próprio entre as duas grandes modalidades clássicas da responsabilidade civil (contratual e aquiliana), constituindo um terceiro gênero, uma pista autônoma de responsabilidade. A responsabilidade pela confiança se afirma aí onde a tutela das expectativas se deva considerar o elemento determinante do sistema de responsabilidade e não simples razão auxiliar para a obrigação de indenizar¹¹².

Estamos assim diante do elemento-chave para a responsabilização jurídica da chamada confiança institucional. A forma impessoal de confiança de que falava Luhmann, condição de desenvolvimento das sociedades pós-modernas, estará tutelada sempre que a confiança não se reduza a outros elementos como o cumprimento da norma (responsabilidade delitual) ou dos deveres laterais de conduta (impostos pela boa-fé) sendo razão auxiliar da obrigação de indenizar, mas sim sendo o elemento constitutivo-causal dos seus efeitos. Deste modo, integrando a confiança o *Tatbestand* de responsabilidade, a não verificação em concreto de expectativas – ou mesmo o *non liquet* acerca de sua ocorrência – tem como consequência inexorável a irresponsabilidade do sujeito. Nenhuma regra (de responsabilidade ou outra) se pode aplicar se não está demonstrada ou se reinam incertezas acerca da ocorrência da confiança. Pelo contrário, apresentando-se a confiança apenas como um *telos* de uma norma, a não verificação de expectativas determina (quando muito) a necessidade de uma redução teleológica¹¹³.

A obrigação de indenizar por frustração de expectativas alheias, com os contornos e a extensão acima descritos, não encontra, segundo Carneiro da Frada, no ordenamento civil português uma consagração geral. Não obstante,

¹¹¹ Sobre o papel da confiança na fundamentação de negócios jurídicos, ver, por todos: Cesare GRASSETTI, *Del negocio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, *Rivista di Diritto Commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, v. XXXIV, pp. 345-378 e do mesmo autor *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, *Rivista di Diritto Commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, v. XXXIV, pp. 548-553.

¹¹² Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, p. 350.

¹¹³ *Ibidem*, p. 355.

estabelece aquele ordenamento alguns dispositivos que prevêem a proteção da confiança¹¹⁴.

Esclarece Carneiro da Frada a fundamentação autônoma do “dano de confiança”, distinto da responsabilidade delitual e dos deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé, através da promessa de casamento. Para o autor é inviável considerar que a promessa de casamento cria um vínculo de natureza contratual ou negocial – não faz sentido admitir-se um vínculo que (afinal!) não vincula. Na realidade, a reparação do dano decorrente do respectivo desrespeito deriva da consideração do compromisso como fato gerador da confiança: nesse aspecto é sempre o resultado de uma ponderação objetiva por parte do ordenamento, não efeito “direto” da autonomia negocial (ainda que ligado a um *Tatbestand* negocial). A responsabilidade pela confiança é também autônoma em relação à violação dos deveres laterais de conduta impostos pela boa-fé. Existe responsabilidade por frustração das expectativas, distinguindo-se esta da responsabilidade decorrente da negligência no não esclarecimento da falta de disponibilidade para a sua celebração ou de provocação dolosa da respectiva convicção: ambos os comportamentos contrariam sem dúvida exigências de correção e probidade de conduta que impendem sobre os nubentes e se intensificam naturalmente com a promessa de casamento, mas não se confundem com a responsabilidade por confiança.

Do mesmo modo a ausência de motivo não transforma a retratação num ilícito, como a “culpa” do sujeito no rompimento da relação não chega para macular com a ilicitude o seu comportamento. O conceito de culpa (em rigor incompatível, ao pressupor uma ilicitude, com a manutenção da celebração do casamento) deve entender-se como um conceito não técnico. Ele equivale ao recesso injustificado ou ao injustificado provocar do recesso alheio para efeito de identificação do campo em que a responsabilidade pela confiança é chamada a operar¹¹⁵. Tudo conflui assim para interpretar a responsabilidade por frustração de uma promessa de casamento como afloramento da teoria da confiança¹¹⁶.

Mesmo não podendo admitir-se com caráter de generalidade a existência de um dever de corresponder à confiança alheia, importa concluir que a responsabilidade pela confiança se distingue na realidade daquela que emerge da violação de deveres de agir. Depura requisitos de proteção como a razoabilidade e o investimento de confiança. Tais pressupostos são completamente estranhos a um simples responder por violação de normas de agir, mas são congruentes com

¹¹⁴ “Art. 899. O vendedor é obrigado a indemnizar o comprador de boa-fé, ainda que tenha agido sem dolo nem culpa; mas, neste caso, a indemnização compreende apenas os danos emergentes que não resultem de despesas voluptuárias.”

¹¹⁵ “Art. 909. Nos casos de anulação fundada em simples erro, o vendedor também é obrigado a indemnizar o comprador, ainda que não tenha havido culpa da sua parte, mas a indemnização abrange apenas os danos emergentes do contrato.”

¹¹⁶ “Art. 1.594. [...]”

1. Se algum dos contraentes romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que outro se retracie, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas, quer das obrigações contraídas na previsão do casamento.”

¹¹⁵ Veja-se que não admitir a tutela do dano de confiança, nos casos em que inexistente violação aos deveres de conduta da boa-fé, significa deixar situações iníquas sem reparação, o que não parece admissível em uma concepção moral do direito, como a das sociedades pós-modernas. Nesse sentido, cf. TJRS, 7.^a Câmara Cível, Ap. Cível n.º 70.012.349.718, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

¹¹⁶ Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, pp. 836-837.

um modelo de responsabilidade compensatória, segundo a primazia desejável da tutela negativa da confiança. Outrossim, a singularidade dogmática da responsabilidade pela confiança ancora na ligação genérica à razão prática e incorpora a dimensão prudencial que caracteriza especificamente a interação. Fica assim ultrapassado o paradigma da causalidade, inerente às formas de responsabilidade clássicas.

A doutrina da confiança em si mesma não se limita a formular um princípio jurídico, eleva-se a verdadeira teoria jurídica, organizada em tomo daquele princípio. Envolve um conjunto articulado de enunciados através dos quais se procura (i) explicitar o conteúdo de justiça material que lhes é subjacente (ii) e se proporcionar um enquadramento de solução para outros casos.

Mas neste revestimento a teoria da confiança não propiciará, por si só, as soluções de casos concretos, enquanto requeira o complemento ou a especificação através de normas, logrando ainda assim preservar o seu valor, mesmo perante as restrições que tenha de admitir: a sobrevivência da teoria da confiança depende assim do seu cabal desempenho heurístico, atingindo o problema especialmente a proteção negativa das expectativas.

A regulação legal fornece porventura apoios para essa responsabilidade. Entretanto, a sua construção jurídica geral ultrapassa, e em muito, o mero preenchimento de lacunas que essa regulação eventualmente apresente. Com efeito, não é assim só: os afloramentos da responsabilidade pela confiança são demasiados dispersos para que possa tratar-se do mero completar da teia normativa de acordo com a sua própria lógica. Transcende esse nível. Decerto movimentam-se num espaço nesse sentido livre de normas, situado para além do seu horizonte¹¹⁷, mesmo quando se ampara em certas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados como o abuso de direito e a boa-fé: a operação envolvida não se traduz na simples concretização de uma determinada regra, obedecendo para isso à pauta valorativa que ela contém; ler numa delas a responsabilidade pela confiança não é possível sem pontos de fixação exteriores a essa mesma norma.

Este tipo de expansão do sistema jurídico só se compreende superando o dogma do positivismo normativista que o identifica com a lei, e contra o qual estão fatores vários, entre os quais, por exemplo, a proibição da denegação da justiça.

Acresce, além disso, que a consagração legislativa de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados como o abuso do direito envolve uma autorização de ultrapassagem do limiar da lei por parte do ordenamento. Por conseguinte, tudo se resume a averiguar como justificar este desenvolvimento. E a proteção da confiança corresponde, depois, a um princípio ético-jurídico, indeclinável, saliente nas imposições que se sentem de modo particular quando não há alternativa prática que evite, para além da razoabilidade, a ameaça de ficar por satisfazer uma forte necessidade de tutela jurídica: quem induz outrem a confiar deve responder caso frustrate essa confiança, causando prejuízos.

O pensamento da confiança integra-se, pois, no sistema jurídico sem romper as suas estruturas e sua coerência. Numa época marcada pela pressão no sentido do incremento da interação humana e pela tendência da impessoalidade, correlato da urgência de uma maior e enérgica autonomia dos sujeitos, a proteção da confiança diminui os riscos da ação ligada à progressiva interdependência dos

¹¹⁷ Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, p. 889.

sujeitos. Aprofundar os dois pilares da liberdade e da responsabilidade, eis, para Frada, a via do Direito¹¹⁸.

Nas primeiras décadas do século XX, Vittorio Salandra, ao tratar da extensão e fundamento jurídico da responsabilidade pelas obrigações de uma sociedade irregular, consoante o art. 98 do Código de Comércio italiano¹¹⁹, já salientava as peculiaridades da responsabilidade por confiança, que não podia enquadrar-se nos limites estreitos nem da culpa aquiliana nem da contratual:

*Voltamos agora à natureza jurídica da responsabilidade do art. 98. Esta não pode dizer-se derivada da culpa aquiliana, nem da culpa contratual. Na primeira categoria não me parece que possa enquadrar-se, porque não é vista culpa no operar em nome de uma sociedade que efetivamente existe e que a lei não proíbe. E nem mesmo se pode falar de responsabilidade objetiva. O terceiro de fato não age para remover um efeito danoso que havia sofrido em seu patrimônio em dependência da ação de que o fizeram crer na existência de uma sociedade. Ele age para obter o adimplemento de uma obrigação e não para ser ressarcido do efeito do inadimplemento. Por isso não é o caso nem mesmo de se falar em culpa contratual.*¹²⁰

Em conclusão, a responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica de justiça corretiva e compensatória. Tem fundamento na diretiva jurídica pela qual deve responder pelos danos causados aquele que origina a confiança e a frustra. E a sua intervenção autônoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica. Tal qual qualquer outro princípio de caráter geral, a força expansiva que lhe é inerente conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação.

Fixados esses pressupostos da responsabilidade por confiança podemos ver que eles fundamentam de maneira integral a eficácia jurídica da aparência de titularidade¹²¹.

A sociedade pós-moderna em seu processo de desenvolvimento dinâmico, como ressalta Peyferitte, exige que se dê à multiplicação das exteriorizações

¹¹⁸ Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, pp. 896-897.

¹¹⁹ "Art. 98. Se o sócio, promotor, administrador ou todo aquele que opera uma sociedade não legalmente constituída contrai em nome dessa sociedade, é vinculado solidariamente e sem limitação pelas obrigações que esta assume." [tradução livre]

¹²⁰ Vittorio SALANDRA, *Estensione e fondamento giuridico della responsabilità personale per le obbligazioni delle società irregolari*, *Rivista di Diritto Commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1928, v. XXVI, Segunda Parte, p. 10.

¹²¹ Ressalte-se, não obstante, que Manuel Carneiro da Frada considera que, via de regra, a proteção da aparência não se enquadraria à perfeição na teoria da confiança porque nesta o legislador já teria individualizado as *fattispecies* relevantes e lhe determinou os efeitos, decorrendo, portanto, a proteção da confiança de disposições específicas. Não nos parece contudo que assim seja pois no âmbito da generalização possível de uma responsabilidade geral pela aparência, além dos dispositivos legais, o problema aparece. Deste modo é, a nosso ver, inteiramente cabível sua discussão no âmbito da fundamentação pela confiança. Ver, no entanto, Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, p. 44 et seq.

materiais e legais das relações jurídicas uma segurança dinâmica que possa alinhar a vida social, o que implica em uma dispensa maior de investigações nas transações civis e comerciais.

Como contraponto da existência do risco nas frenéticas transações jurídicas deve corresponder uma diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Assim, a idéia de risco aplicado à aparência é uma idéia de aparência criada. A pessoa é enganada porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa e implicou a confiança da contraparte. Age com abuso de direito aquele que suscita a confiança porque o dano de confiança não pode restar sem ser tutelado, sob pena de perpetuação de situações iníquas. Se um risco é posto no encargo de certas pessoas é porque outras mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade contemporânea exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela aparência.

Este é o âmbito da justiça comutativa ou corretiva, a espécie da justiça particular que zela pela retidão das trocas, pela proporcionalidade aritmética em matéria de intercâmbio de bens. Nesse intercâmbio a relação de igualdade dá-se quando a coisa que há que dar é igual em quantidade e qualidade (ou valor) à que saiu da esfera do sujeito de atribuição. Na sanção em decorrência do intercâmbio de bens, o ofício do juiz é o de calcular uma restituição igual ao dano que foi suportado. A isonomia absoluta entre as coisas, na justiça comutativa, tem sua base na igualdade entre as pessoas, tal como se apresentam nessas relações de justiça. Com efeito, todas as pessoas se apresentam perante o outro em sua nuda condição, que é exatamente igual em todos. O campo de aplicação do justo é a totalidade, por isso há que se considerar a relação que seja moralmente válida para tutelar o interesse de todos, no caso, a confiança institucional.

O direito, assim pensado, não é rigorosamente individual, não supõe para o indivíduo somente um ativo, só vantagens. O direito, aquilo que deve ser dado, que se merece, não é “subjetivo”, não se refere somente a um indivíduo, implica necessariamente uma relação entre indivíduos. É o resultado de uma repartição. O direito apenas é um atributo da pessoa, não é exclusivamente dela na medida em que é primordialmente o bem de outrem¹²².

O direito, assim considerado, emerge de uma repartição concreta, é uma proporção (justa, um igual [*ison*] ou *analogon*, termo gramaticalmente neutro). Essa igualdade expressa uma cosmovisão integrada da totalidade, não a constatação de uma simples equivalência de fato entre quantidades, mas revela a harmonia, o valor do justo, certa ordem que se discerne no caso mesmo e que se acha em conexão, em última instância, com a natureza das coisas que é a matéria da justiça geral. O direito nesse contexto não é, senão, uma coisa exterior ao sujeito, uma certa igualdade que reside nas coisas, na realidade, *in re*, e que se extrai da observação das coisas. No caso o valor confiança é causa eficiente da solução jurídica para a tutela da aparência.

O direito não pode ser estimado senão do processo de interrogação das coisas, de tentar reencontrar a ordem que ela acolhe; ordem esta objetiva, e, portanto, jurídica. O fundamento da aparência assim caracterizada vem a ser, pois, a necessidade, de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem. Essa proteção se realiza de modo peculiar porque na aparência de direito a vontade de quem erra (supondo que o direito existe, ou que o titular ostensivo

seja o titular verdadeiro) prevalece, como se realidade jurídica houvesse, e não apenas aparência. Nos termos expostos, portanto, a aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais.

5. Efeitos da Eficácia da Aparência

No que tange às relações entre o proprietário verdadeiro e terceiros a aparência é criadora de direitos. O terceiro adquirente, mesmo recebendo a coisa de uma pessoa que sobre ela não tem nenhum direito, converte-se em proprietário (ou converte-se em titular de um direito real). A propriedade (ou um outro direito real) não é transferida pela vontade do proprietário aparente, que não pode dispor de coisas sobre as quais não tem nenhum direito; ela é transferida por efeito da lei – é um caso de aquisição *ex lege*. Nenhum recurso pode ser exercido contra o adquirente nem pelo proprietário verdadeiro, nem pelo proprietário aparente.¹²³

Como bem lembra Mariano D’Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito; mas o estado de fato, por si, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera conseqüências não diferentes daquelas que derivariam do correspondente estado de direito. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha feito racionalmente confiança sobre uma dada manifestação jurídica e se comportado em coerência com tal manifestação, lhe dá direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade¹²⁴. Isso é válido também para aqueles casos em que se manifesta a aparência em relação ao próprio mandato, ou seja, não existe o mandato e é falso o procurador¹²⁵.

Naturalmente o terceiro deve estar de boa-fé, ou seja, atuar genuína e honestamente segundo as circunstâncias do caso, interpretando e executando o acordo coerentemente ao que as partes entenderam ou puderam entender obrando com cuidado e previsão. Os terceiros de boa-fé restam protegidos pela aparência de legitimidade precisamente porque atuam de boa-fé, tanto no sentido da boa-fé probidade quanto da boa-fé diligência. Isto é, devem estar presentes os dois aspectos da boa-fé para que os terceiros restem protegidos.

Assim, quando se tratar de negócio de grande monta fica o terceiro obrigado a diligenciar e a verificar os poderes daquele com quem contrata. É, portanto, por exemplo, ineficaz em relação à sociedade, o negócio celebrado por sócios sem direito ao uso da firma. Os atos registrados na Junta Comercial presumem-se conhecidos por todos, não tendo cabimento a invocação de aparência contrária ao que consta do registro, em face da natureza absoluta da presunção.

Na aparência tem-se a presença do chamado “erro sanante” – ao qual ele também se refere como “erro confirmador” ou “legitimante” – que não autoriza

¹²³ Henri MAZEAUD, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, 5.^a ed., Éditions Montchrestien, 1975, t. II, pp. 142-143.

¹²⁴ Mariano D’AMELIO, *Apparenza del diritto, Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.

¹²⁵ “Indispensável [nessas hipóteses] que estejam de boa-fé os que tratavam com o falso procurador. Não basta que cometam simples erro, mas é preciso que se enganem efetivamente, ignorando completamente a realidade, que não desconfiem, em suma, da inexistência, ou nulidade do mandato”. Orlando GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2.^a ed., Revista dos Tribunais, 1980, p. 120.

¹²² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, 4.^a ed., UnB, 2001, p. 93.

a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como validador do negócio. Como aduz Carvalho Santos¹²⁶, *in verbis*:

Enquanto o erro essencial ou substancial permite que um ato válido seja anulado, o erro sanante, ao contrário, permite que um ato ineficaz se torne válido, mantendo-se os seus efeitos em favor da parte que errou. A explicação de tal fenômeno é dada pela Teoria da Aparência.

Assim, a aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, substituindo a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente. Como bem explicita José Puig Brutau¹²⁷:

Los actos realizados por una persona engañada por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera, son definitivos y oponibles, como lo serían los actos fundados en situaciones absolutamente regulares.

O verdadeiro titular fica, assim, obrigado frente ao terceiro de boa-fé, constituindo-se a aparência em fonte de obrigação ou de sujeição, como no caso do credor aparente.

No que se refere às relações entre o verdadeiro titular e o titular aparente, o primeiro pode ajuizar contra o segundo ação de enriquecimento sem causa para obrigar o aparente titularizado a restituir-lhe o produto obtido com a transação efetuada com o terceiro de boa-fé, na forma do art. 884 do Código Civil.

Se a intromissão do titular aparente na esfera jurídica do verdadeiro titular ocorreu de má-fé, cumpre ao prejudicado a cobrança de perdas e danos (arts. 879 e 1.817 do Código Civil), cumulando a ação de enriquecimento com a de indenização. Estas ações ainda podem ser cumuladas com pedido de restituição de todos os frutos, que, de má-fé, houverem sido colhidos ou percebidos pelo titular aparente, ou, se não for o caso, de responder por todos eles, nos termos do art. 1.216 do Código Civil¹²⁸.

O proprietário aparente nas relações com o *verus dominus*, quando de boa-fé, não responde pelos frutos percebidos (artigo 1.216 do CC, *a contrario sensu*) nem por perdas e danos (artigo 879 do CC)¹²⁹. Nestes casos a norma jurídica procura resguardar aquele que agiu de boa-fé contra exigências porventura indevidas do verdadeiro titular.

Outro efeito da aparência de direito é o de afastar para o terceiro de boa-fé o risco da evicção nos contratos onerosos de transferência de direitos reais. A evicção é a garantia própria dos contratos comutativos que geram a obrigação de transferir o domínio de determinada coisa. Deriva do princípio segundo o qual o

alienante tem o dever de garantir ao adquirente a posse justa da coisa transmitida, defendendo-a de pretensões de terceiros quanto ao seu domínio. É um fenômeno próprio da venda de coisa alheia¹³⁰. Apenas não estará coberto do risco da evicção o terceiro que tiver agido de má-fé ou que não tiver procedido com o mínimo de diligência, porque, neste caso, não há que se falar em tutela da aparência¹³¹.

Um último efeito da eficácia da aparência de direito é o de afastar a anulabilidade do ato praticado pelo titular aparente. Sobre essa questão assim se expressa Luiz Fabiano Corrêa¹³²:

E não é raro que, com ostentação dessa legitimação ou titularidade – que de fato não existe, mas é tão-só aparente –, alguém transmita a um adquirente de boa-fé um direito que não pode transmitir. Entretanto, pelos princípios dos quais decorre a eficácia legitimadora da aparência de direito, se presentes os necessários pressupostos, o direito em questão efetivamente se transmite a quem o adquire. A transmissão dá-se à revelia do verdadeiro titular. Não há da parte desse a declaração de vontade que normalmente seria indispensável à deslocação do seu direito para a esfera jurídica do adquirente. Com isso, o verdadeiro titular acaba por ver-se privado do direito em questão, sem que para esse fim tenha ele mesmo realizado negócio jurídico algum.

Como dito anteriormente, na aparência a consequência jurídica do erro não é a anulabilidade, como no erro ordinário, mas sim permitir que o ato ou negócio produza os efeitos que lhe são próprios. No conflito que se estabelece entre o interesse do efetivo legitimado (que só pode ser preservado através da ineficácia do ato) e o interesse do terceiro que por causa da aparência incidiu em erro objetivamente escusável (interesse que, ao contrário do anterior, não pode ser atendido senão através da eficácia), a lei dá primazia a este último. O erro objetivamente escusável na *fattispecie* da aparência encerra assim uma ação *sanante* e se contrapõe à figura ordinária do erro que, ao revés, encerra uma ação *viciante*. Na aparência de direito, tem-se a presença do chamado efeito *sanante*, confirmador ou legitimante, que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como confirmador do negócio¹³³.

6. O Princípio da Responsabilidade por Situações de Confiança e a Tutela Geral no Âmbito da Aparência de Direito

Fixado o quadro conceitual da eficácia da aparência de direito, devemos partir

¹³⁰ Orlando GOMES, *Contratos*, 18.ª ed., Forense, 1999, p. 96.

¹³¹ Cf., neste sentido, TJRS, 3.ª Câmara Cível, Ap. 587.035.445, rel. Des. Galeno Lacerda, j. 17/05/1988, pub. RT 661-150.

¹³² Luiz Fabiano CORRÊA, *A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais: esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo direito privado brasileiro à confiança na aparência de direito, em matéria patrimonial*, Interlex Informações Jurídicas, 2001, p. 24.

¹³³ Contra essa argumentação, considerando que a aparência não difere por força ou natureza de um outro fato jurídico qualquer, não sendo apta a, portanto, legitimar, veja-se Luigi MONACCANI, *Azione e Legittimazione*, Giuffrè, 1951, pp. 132-152.

para uma questão mais tormentosa, que é a de se saber se a aparência de direito pode ser considerada um princípio, visto que muitos autores defendem a idéia da existência de um princípio da eficácia da aparência.

No que se refere ao direito italiano, Falzea, depois de aludir à corrente doutrinária (a que pertencem, na Itália, Stolfi, Verga, Coviello, Cariota, Ferrara e outros) que contesta a legitimidade do princípio da aparência, bem como à corrente oposta (representada por Mossa, Messineo e D'Amélio, por exemplo), que ao mesmo princípio atribui o mais vasto campo de aplicação, expressamente o admite, ressaltando especialmente o papel da jurisprudência na configuração das regras da aparência em princípio de direito:

*Não acreditamos que se possa contestar a legitimidade do princípio jurídico da aparência inferido das disposições inequívocas do nosso direito positivo. Não acreditamos, tampouco, que se lhe possa negar uma amplitude que excede o âmbito das figuras particulares disciplinadas legislativamente. Neste sentido, é convincente, sobretudo, o emprego amplo que desse princípio vem fazendo a jurisprudência, como índice não duvidoso das perspectivas que o princípio vem assumindo no direito vivo e que a ciência jurídica não pode desconhecer. Contudo, a legitimidade do princípio não pode autorizar a sua utilização incauta, particularmente em relação às espécies de fato que encontram, em nossa lei, uma disciplina integral.*¹³⁴

Mariano D'Amélio, analisando o caso do herdeiro aparente esclarece que, a partir dele, pode-se alçar a categoria desse *jus singulare* à de um princípio geral porque, embora nascido de determinadas relações jurídicas, o princípio pode ser levado a participar do sistema geral, sendo invocado para regular situações jurídicas análogas. Tais situações jurídicas, sendo idênticas no fundo, é de se presumir que o legislador as teria regulado do mesmo modo se as tivesse considerado. Argumenta este doutrinador italiano que a localização da regra não é um argumento considerável, pois a circunstância de se achar afirmada a propósito de um instituto determinado não é boa razão para se concluir que foi disposta somente para ele. Perquirida a razão especial que levou o legislador a tutelar os direitos dos que tratam com o herdeiro aparente, verifica-se que, em outras situações, existe a mesma *utilitas*. Seria, portanto, absurdo discipliná-las de modo diverso, uma vez que são análogas às condições de fato, diferenciando-se apenas em pontos secundários.

São, segundo D'Amélio¹³⁵, exigências sociais que justificam a adoção do princípio nos amplos termos que lhe empresta a doutrina moderna. Deve-se, de acordo com esse autor, permitir que tomem a aparência como realidade por três razões principais: (i) para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico; (ii) para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade do que evidencia a aparência; e (iii) para não tornar mais lenta, fatigante e custosa a atividade jurídica.

Igualmente, no direito francês a aparência de direito há longo tempo foi guin-

¹³⁴ Angelo FALZEA, *Apparenza, Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 701.

¹³⁵ Mariano D'AMELIO, *Apparenza del Diritto, Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 716.

dada à categoria de princípio de direito, sendo fartamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Henri Mazeaud¹³⁶ expressamente o admite, reportando-se à difusão do adágio *error communis facit ius* na jurisprudência:

A jurisprudência não aplica o adágio somente à incapacidade das testemunhas instrumentais. Ela o invoca para validar os atos realizados por todos os incapazes que, na sequência de um erro invencível, foram considerados como capazes. Ela faz notadamente aplicação da máxima à mulher casada não autorizada. Os acórdãos descobriram um novo meio para superar a incapacidade da mulher casada. A mulher casada que, com ou sem manobras dolosas, criou uma aparência invencível de capacidade, não pode invocar a nulidade dos atos que ela realizou. O marido que ajudou na criação dessa aparência não poderá, ele também, se prevalecer da nulidade.

Essas são as espécies nas quais a jurisprudência tem tido, mais freqüentemente, a ocasião de assegurar a manutenção de uma situação de fato contrária ao direito, aplicando o adágio error communis facit ius.

Esta enumeração não é simplesmente limitativa; será preciso procurar precisar todos os casos nos quais a máxima possa ser invocada. Ela tem, com efeito, por campo de aplicação o direito inteiro. Ela constitui uma exceção de ordem geral à regra de direito.

Não obstante essas abalizadas opiniões, há que se verificar com acuidade essa questão, delimitando o que seja o alcance dos princípios jurídicos nas sociedades contemporâneas para então verificar se a aparência de direito poderia enquadrar-se entre estas.

A expansão dos princípios como fonte autônoma da obrigação pode ser associada à falência do conceitualismo (redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal), ao fracasso do positivismo legalista exegético (solução de casos concretos com recurso à lei como texto), ou ainda aos óbices da subsunção na busca de soluções que a realidade impõe ao direito. O princípio tem natureza normogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, normas que estão na base ou constitui a *ratio* de regras jurídicas. É norma, porém, qualitativamente distinta das regras jurídicas porque constitui norma de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos, carecendo deste modo de mediação concretizadora do juiz ou do legislador. Além disso, tem uma importância estruturante porque consagra valores fundamentadores da ordem jurídica e tem capacidade deontológica de justificação¹³⁷.

Há que se ter presente a distinção entre as regras (*rules*) e os princípios. Existe uma dimensão lógica entre regras e princípios por que uma e outros obedecem a diferentes dimensões. Ambos os conjuntos de *standards* apontam a decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias,

¹³⁶ Tradução livre de Henri MAZEAUD, *La Maxime "Error communis facit ius"*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, p. 959.

¹³⁷ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª ed., Almedina, 1993, p. 167.

diferindo, contudo, no caráter da orientação que dão. As regras são aplicáveis à maneira das disjuntivas, enquanto que os princípios não estabelecem conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente, quando satisfeitas as condições previstas.

Por essa razão, os princípios atuam numa dimensão estranha à das regras, que é a dimensão do peso ou da importância. O intérprete, ao aplicar a norma que consigna um princípio, deve ter em conta o seu peso, podendo um mesmo princípio ser ou não aplicado num determinado caso concreto, sem perder, contudo, a sua validade no sistema. Como bem expõe Ronald Dworkin¹³⁸:

A diferença entre princípios e regras legais é uma distinção lógica. Ambos estabelecem standards que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão.

Os princípios têm uma dimensão que regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios colidirem (a política de proteção aos consumidores de automóveis colidindo com os princípios da liberdade de contrato, por exemplo), o que tem que solucionar o conflito deve levar em conta o peso relativo do outro. Isto não pode ser, naturalmente, uma medida exata e o julgamento de que um princípio particular ou política é mais importante que outro será freqüentemente controvertido. Não obstante, isso é uma parte integrante do conceito de um princípio que tem esta dimensão, que faz sentido perguntar qual importância ou qual peso ele possui.

Os princípios são, assim, uma pauta orientadora da normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, pode justificar decisões jurídicas. Larenz define bem as características dos princípios ético-jurídicos e o processo de sua formação:

Esses princípios possuem um conteúdo material de justiça; por esse motivo podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da idéia de Direito, tal como este se revela na 'consciência jurídica geral', neste estágio da evolução histórica. Enquanto 'princípios' não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos mas idéias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo de concretização e aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos. Alguns deles têm o escalão de

¹³⁸ Tradução livre de Ronald DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 24-26.

normas constitucionais; outros, como o princípio da 'boa-fé', estão expressos nas leis ou infere-se delas, recorrendo à ratio legis, o fundamento justificante de uma regulação legal. Enquanto critérios 'teleológicos-objetivos' são coadjuvantes para a interpretação, bem como para a integração de lacunas; aqui constituem o fundamento para uma analogia global e, por vezes, também para uma redução teleológica.

Trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, quando um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui-o, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios de interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei. ¹³⁹
[grifos nossos]

Para Canaris, os princípios corresponderiam a uma fase em que os valores passam a ostentar certa concretude, um momento de consubstanciação de valores a que o ordenamento oferece tutela:

O princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e conseqüência jurídica. Assim, por exemplo, por detrás do princípio da autodeterminação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as conseqüências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a protecção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autónoma e privada das suas relações com os outros. O princípio ocupa, pois, justamente, o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as conseqüências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração. ¹⁴⁰

Princípios são, portanto, pautas diretivas de um determinado ramo ou fração do ordenamento. Estabelecem parâmetros, vetores, a partir dos quais as regras serão aplicadas. Os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida.

Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações

¹³⁹ Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 511.

¹⁴⁰ Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 86-87.

concretizadoras – do legislador ou do juiz, por exemplo – enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. Princípios são normas jurídicas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos; regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência. Princípios permitem um balanceamento de valores ou interesses. Já a regra não deixa espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra incide em determinada hipótese, deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições.

Princípios também têm importância estruturante dentro do sistema jurídico, revelando mesmo uma proximidade da idéia de direito – são *standards* juridicamente vinculantes radicados na idéia de justiça. Por sua vez, as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Os princípios são, deste modo, fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, função normogênica fundamentante e dispõem de uma capacidade deontológica de justificação.

Fixadas essas noções do que sejam os princípios, vejamos se a aparência é passível de enquadramento nesse estuário.

A primeira questão diz respeito à generalidade da aparência. Como vimos, a confiança é um valor fundante do nosso sistema, sendo essencial mesmo para a explicação do desenvolvimento econômico¹⁴¹. Como corolário do valor confiança no campo do direito, tutela-se este pelo chamado princípio da responsabilidade por situações de confiança. Sempre que estivermos diante de uma relação especial entre dois sujeitos na qual a criação-defraudação da confiança constitua o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar, o princípio se aplica. Como conclui Carneiro da Frada¹⁴²:

A responsabilidade por confiança é parte do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica da justiça correctiva (meramente) compensatória. O seu reconhecimento radica na indeclinável exigência do direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autónoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente como correspondente à sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter. Tal qual qualquer outro princípio de carácter geral, a força expansiva que lhe inere conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação. É tarefa da ciência jurídica operacionalizá-lo em contextos específicos típicos. A sua subordinação

¹⁴¹ Ver, por todos, Alain PEYREFITTE, *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*, Topbooks, 1999, e Francis FUKUYAMA, *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*, Rocco, 1996.

¹⁴² Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, p. 901.

a condições de relevância não prejudica a sua característica de princípio fundamentador de conseqüências jurídicas. Entre aquelas condições avulta usualmente a presença de uma relação especial entre sujeitos, cujo preenchimento se torna assim determinativo da responsabilidade pela confiança.

A aparência, por seu turno, é uma das formas da proteção da confiança assegurada pela ordem jurídica¹⁴³. A proteção da confiança é o gênero e a proteção da aparência é a espécie, a qual, para tanto, obedece a condições peculiares¹⁴⁴. No seu âmbito, as situações de confiança, de tutela das expectativas criadas, assumem, porém, caráter geral. Sempre que estivermos diante de uma situação de confiança institucional na qual condições unívocas, consoante as regras de cada ordenamento, demonstrem a necessidade da ordem social de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se ao mesmo tempo os interesses legítimos dos que corretamente procedem, aplicar-se-á a tutela geral da aparência.

Portanto, a aparência jurídica aplica-se à generalidade das situações jurídicas comutativas de confiança que não sejam regidas por dispositivos próprios, tendo, desta maneira, a abrangência principiológica requerida por um sistema de direito, desde que consideremos que o âmbito de sua aplicação se restringe àquele em que estejam presentes os pressupostos da confiança. Existentes estes, a aparência tutela todas as situações de direito.

A aparência, deste modo, não se restringe a uma série delimitada de *fattispecies* previstas em lei, como o herdeiro aparente ou o mandatário aparente, mas abrange todas as situações jurídicas de confiança onde os interesses legítimos corretamente exercidos devem ser tutelados em consonância com a segurança das relações jurídicas. São as hipóteses, pois, por exemplo, do ato jurídico aparente, da aparência relativa ao objeto do ato jurídico, da representação aparente de pessoas humanas e pessoas jurídicas, da personalidade processual aparente, da cessão de créditos aparente, do credor ou devedor aparente, do sócio aparente, do nome aparente, do domicílio aparente, do consentimento aparente, das solenidades aparentes, da firma aparente, da propriedade aparente, da ausência aparente de gravames, do direito aparente sobre coisas móveis ou do direito aparente sobre coisas móveis sujeitas a regimes especiais, da aparência em títulos à ordem e ao portador, da aparência em direitos creditórios, do herdeiro aparente, da capacidade aparente, do regime conjugal aparente e do cônjuge aparente.

A confiança institucional de que nos falava Luhmann¹⁴⁵ pontifica que as crescentes exigências impostas pela extensão do tráfego comercial e a intensificação do ritmo das relações econômicas não levaram a ampliar a tutela de terceiros e, como contrapartida inexorável, a diminuir a que corresponde aos direitos subjetivos ou às situações jurídicas preexistentes.

Deste modo a teoria da aparência é hoje capaz de produzir aplicação em tudo. A verdade deve ceder à segurança. A necessidade da tutela da boa-fé ética nas relações sociais determinou essa ampliação do seu sentido originário, circunscrito a algumas hipóteses de tutelas específicas de situações de confiança.

A tutela geral da aparência em situações de confiança institucional constitui assim, nesse âmbito, exceção a outros princípios gerais, tal como aquele que dispõe que ninguém transmite a outro direito melhor ou mais extenso do

¹⁴³ Fábio Maria de MATTIA, *Aparência de representação*, São Paulo: Editora Cid, 1999, p. VIII.

¹⁴⁴ Francisco LANDIM, *O credor aparente*, São Paulo: Editora Cid, 1996, p. 92.

¹⁴⁵ Niklas LUHMANN, *Confiança*, Antropos Editorial, 2005.

que tem. Sempre que o interesse da sociedade o exija e os terceiros se achem na impossibilidade de conhecer uma situação jurídica qualquer, o que tem a seu favor a aparência de um direito, revestida das formas legais, é considerado pela lei como se o tivera na realidade, ao só objeto de proteger os terceiros que contratam com ele¹⁴⁶.

A aparência pode ser conceituada como uma tutela geral nas situações de confiança também porque constitui uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas. A doutrina e a jurisprudência, em uníssono, admitem desde o *Esboço* de Teixeira de Freitas, por exemplo, a validade do pagamento feito ao herdeiro aparente, os efeitos do casamento putativo e a tutela jurídica do mandato aparente.

Outros dispositivos são criados a partir daí como o reconhecimento nas sociedades simples da eficácia dos atos praticados pelos representantes aparentes quando estes não forem evidentemente estranhos aos negócios da sociedade (art. 1.015, parágrafo único), consolidando antiga e iterativa jurisprudência: o artigo 47 do Código Civil de 2002 definindo que obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo não afasta a aplicação da teoria da aparência¹⁴⁷, consoante o Enunciado 145 da III Jornada de Direito Civil¹⁴⁸ do Conselho da Justiça Federal; a aplicação da teoria da aparência para a tutela do nome aparente e notório da pessoa (art. 56 e 58 da Lei de Registros Públicos)¹⁴⁹; e a função social do contrato dos arts 421 e 422 do CC também tutela a aparência quando em quebra de situações de confiança¹⁵⁰. Tudo a evidenciar a criação e aplicação da tutela da aparência a situações novas, não previstas originalmente nas hipóteses legais até então estabelecidas.

A aparência se constitui em uma tutela geral nas situações de confiança porque ainda configura uma norma jurídica de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos. Desta maneira, a aparência informa o negócio concluído, mas é o juiz que irá, através de uma mediação concretizadora, definir quando está presente a boa-fé subjetiva ética, os limites do erro escusável, quando existe a confiança institucional que implica no dano de confiança, em que medida se tem a defraudação da confiança e qual o procedimento para restaurar a comutatividade da situação iníqua.

Em seguimento, a aparência configura uma tutela geral a situações de confiança porque tem uma relação direta com a idéia de direito, atua como um *standard* juridicamente vinculante radicado na noção de justiça. A obrigação contemporânea, como visto, só pode ser pensada dentro de um quadro de cooperação com vistas ao adimplemento, e tal cooperação só se torna possível quando se procura manter, na medida do possível, as condições de dignidade e o próprio sinalagma contratual com a parte que confia. O princípio da confiança, na qual se funda a aparência, surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige

que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas. Várias razões depõem nesse sentido. Em termos antropológicos e sociológicos, a espécie humana organiza-se na base de relacionamentos estáveis, a respeitar. No campo ético, cada um deve ser coerente, não mudando arbitrariamente de condutas, com isso prejudicando o seu semelhante. Juridicamente, a tutela da confiança acaba por desaguar no grande oceano do princípio da igualdade e da necessidade de harmonia, daí resultante: tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. Ora, a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas, não pode ser tratada como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual¹⁵¹.

Em conclusão, a aparência constitui uma tutela geral ou um princípio específico ordenador em situações de confiança porque configura uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas no ordenamento, requer para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador, quando não positivada, funda-se na idéia de direito como o comprova o desenvolvimento histórico dos seus institutos, viabiliza a eficácia do tráfego jurídico, atenuando os rigores probatórios do *pacta sunt servanda*, e constitui, no âmago da confiança, a *ratio* e a justificação deontológica das regras protetivas do direito, aplicáveis à espécie.

7. Conclusão

A velocidade das transações e o evoluir frenético das relações jurídicas contemporâneas não permite sempre distinguir a aparência da realidade. E também não seria factível impor sempre tal encargo ao homem moderno como era a regra para os indivíduos no século XIX. Na sociedade contemporânea a aparência instala-se no mundo. A imagem ganha estatuto de real, ou seja, passa a ter uma realidade própria, mais tangível que o objeto real do qual é cópia. A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma incoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

O âmbito da aparência são os casos de exteriorização material nos quais não existe a correspondência entre a atividade do indivíduo e a realidade dos atos que pratica. Por isso terceiros de boa-fé podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta.

A aparência é um instituto jurídico da modernidade. Não se encontra no direito romano uma teoria geral da aparência, que tampouco aparecerá no medievo – época em que os juristas, no máximo, partindo de algumas hipóteses do direito romano, irão compor a máxima *error communis facit ius*, ou seja, a noção de que o erro comum cria direito. Outro instituto medieval que viria a regular as situações patrimoniais aparentes é a *Gewere* do direito germânico. A *Gewere* consistia no estado de fato do poderio que uma pessoa tinha sobre uma coisa e era externada através do efetivo exercício das faculdades decorrentes desse estado de fato. A *Gewere* era aparência de direito (*Rechtsschein*) enquanto fenômeno, modo de manifestar-se no tráfego jurídico. No confronto com terceiro a respeito

¹⁵¹ Antonio Menezes CORDEIRO, *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. In: *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, Lisboa, set. 2005, ano 65, v. II. Disponível em: <http://www.oa.pt/Publicacoes/revista/default.aspx> Acesso em: 08 de abril de 2007.

¹⁴⁶ Marcos M. CÓRDOBA, *Efectos jurídicos de la fe en la apariencia: El heredero aparente*, Marcos M. CÓRDOBA (Org.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, La Ley, 2004, v. 1, p. 645.

¹⁴⁷ Pela teoria da aparência, a sociedade será obrigada a responder, perante terceiros, pelos atos praticados por seu administrador, restando à sociedade, porém, o direito de agir regressivamente contra o administrador para reaver as perdas e danos sofridos pela sociedade (artigo 931 do CC).

¹⁴⁸ Ruy Rosado de AGUIAR JR., *III Jornada de Direito Civil*, Conselho da Justiça Federal, 2005, p. 92.

¹⁴⁹ Cf., a esse respeito, TJRS, 7.ª Câmara Cível, Proc. 70000585836, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 31/05/2000.

¹⁵⁰ Cf. TJRS, Embargos Infringentes, rel. Juiz Adalberto Libório Barros, j. 01/11/1991, Jurisprudência TJRS, Cíveis, 1992, vol.2, t. 14, p. 1-22.

da senhoria jurídica sobre a coisa a *Gewere* dava uma aparência de direito, isto é, uma situação jurídica real, mas não definitiva, destinada a ceder a uma outra mais forte.

Paulatinamente, os diversos ordenamentos foram incorporando regras de proteção aos adquirentes de boa-fé, na tutela da confiança. Não obstante, muitos doutrinadores rejeitaram a eficácia da aparência de direito ou só a admitiram em casos muito individualizados. São elementos que configuram a chamada situação de aparência jurídica e que dão a esta a sua eficácia na tutela da confiança despertada em terceiro, as circunstâncias unívocas, o erro, a boa-fé, onerosidade do ato praticado em erro.

O fundamento da eficácia dos atos praticados com aparência de titularidade deve ser buscado na confiança, sendo de excluir as teorias que baseiam tal fundamento na culpa, na boa-fé subjetiva tão-somente, na simulação ou no risco.

A tutela da confiança deve abarcar um espaço próprio entre as duas grandes modalidades clássicas da responsabilidade civil, a contratual e a aquiliana, constituindo um terceiro gênero, uma pista autônoma de responsabilidade. A responsabilidade pela confiança se afirma aí onde a tutela das expectativas se deva considerar o elemento determinante do sistema de responsabilidade e não simples razão auxiliar para a obrigação de indenizar.

De se ressaltar a tese de Anthony Giddens, em que o autor explica como a confiança torna-se uma relação institucional nas sociedades pós-modernas, ressaltando que se percebem três grandes forças dinâmicas na sociedade contemporânea: a separação do tempo e espaço, a existência de relações sociais em contextos sociais locais sem que necessariamente haja contato face a face, e a reflexividade institucional, que corresponde à entrada contínua de conhecimento afetando as ações dos indivíduos e grupos, desestabilizando certas formas básicas de relações de confiança e resultando na ampliação da sensação de instabilidade e incerteza.

Acerca da complexa questão de se a frustração da confiança de outrem é suscetível de conduzir à obrigação de indenizar, assentou-se que existe o risco de excesso, perante o caráter aberto e extenso da proteção negativa da confiança. O problema está na ambigüidade do conceito de confiança. Tanto se pode exprimir através dele um dado psicológico individual do sujeito como a posição daquele que beneficia, independentemente de um ato de consciência da tutela jurídica de um interesse. A confiança deixa por saber se aquele que, por exemplo, no âmbito de um contrato, sofre um dano no seu restante patrimônio, é protegido *porque confiou de fato* na correção do comportamento da outra parte ou se é tutelado porque *devia poder confiar* (figurando-o ou não) em que o outro observaria a conduta exigível. No último caso avulta que parece que o decisivo na qualificação do ato lesivo é o puro e simples desrespeito da conduta violada. A querela entre uma concepção psicológica e um entendimento normativo ou objetivo da confiança reflete o quanto nessa doutrina se misturam o fático e o normativo, deixando-se de distinguir claramente entre causa e efeito da proteção jurídica.

Esclarece Carneiro da Frada a fundamentação autônoma do “dano de confiança”, distinto da responsabilidade delitual e dos deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé, através da promessa de casamento. Para o autor é inviável considerar que a promessa de casamento cria um vínculo de natureza contratual ou negocial; não faz sentido admitir-se um vínculo que (afinal!) não vincula. Na realidade, a reparação do dano decorrente do respectivo desrespeito deriva da consideração do compromisso como fato gerador da confiança: nesse aspecto é sempre o resultado de uma ponderação objetiva por parte do ordenamento, não

efeito “direto” da autonomia negocial. A responsabilidade pela confiança é também autônoma em relação à violação dos deveres laterais de conduta impostos pela boa-fé. Existe responsabilidade por frustração das expectativas, distinguindo-se esta da responsabilidade decorrente da negligência no não esclarecimento da falta de disponibilidade para a sua celebração ou de causação dolosa da respectiva convicção: ambos os comportamentos contrariam sem dúvida exigências de correção e probidade de conduta que impendem sobre os nubentes e se intensificam naturalmente com a promessa de casamento, mas não se confundem com a responsabilidade por confiança.

Do mesmo modo, a ausência de motivo não transforma a retratação num ilícito, como a “culpa” do sujeito no rompimento da relação não chega para macular com a ilicitude o seu comportamento. O conceito de culpa (em rigor incompatível, ao pressupor uma ilicitude, com a manutenção da celebração do casamento) deve entender-se como um conceito não técnico. Ele equivale ao recesso injustificado ou ao injustificado provocar do recesso alheio para efeito de identificação do campo em que a responsabilidade pela confiança é chamada a operar. Tudo conflui assim para interpretar a responsabilidade por frustração de uma promessa de casamento como afloramento da teoria da confiança.

Mesmo não podendo admitir-se com caráter de generalidade a existência de um dever de corresponder à confiança alheia, importa concluir que a responsabilidade pela confiança se distingue na realidade daquela que emerge da violação de deveres de agir. Depura requisitos de proteção como a razoabilidade e o investimento de confiança: tais pressupostos são completamente estranhos a um simples responder por violação de normas de agir, mas são congruentes com um modelo de responsabilidade compensatória, segundo a primazia desejável da tutela negativa da confiança; a singularidade dogmática da responsabilidade pela confiança ancora na ligação genérica à razão prática e incorpora a dimensão prudencial que caracteriza especificamente a interação; fica ultrapassado o paradigma da causalidade, inerente às formas de responsabilidade clássicas.

O pensamento da confiança integra-se, pois, no sistema jurídico sem romper as suas estruturas e coerência: numa época marcada pela pressão no sentido do incremento da interação humana, e pela tendência da impessoalidade, correlato da urgência de uma maior e enérgica autonomia dos sujeitos, a proteção da confiança diminui os riscos da ação ligada à progressiva interdependência dos sujeitos.

A confiança institucional pontifica que as crescentes exigências impostas pela extensão do tráfego comercial e a intensificação do ritmo das relações econômicas não levaram a ampliar a tutela de terceiros e, como contrapartida inexorável, a diminuir a que corresponde aos direitos subjetivos ou às situações jurídicas preexistentes. Deste modo a teoria da aparência é hoje capaz de produzir aplicação em tudo. A verdade deve ceder à segurança. A necessidade da tutela da boa-fé ética nas relações sociais determinou essa ampliação do seu sentido originário, circunscrito a algumas hipóteses de tutelas específicas de situações de confiança.

A tutela geral da aparência em situações de confiança institucional constitui assim, nesse âmbito, exceção a outros princípios gerais. Sempre que o interesse da sociedade o exija e os terceiros se achem na impossibilidade de conhecer uma situação jurídica qualquer, o que tem a seu favor a aparência de um direito, revestida das formas legais, é considerado pela lei como se o tivera na realidade, ao só objeto de proteger os terceiros que contratam com ele.

Em resumo, a aparência constitui uma tutela geral ou um princípio específi-

co ordenador em situações de confiança porque configura uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas no ordenamento. Requer para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador, quando não positivada.

Desse modo, nos é possível concluir, da mesma forma que Paulinho da Viola e Hermínio Bello de Carvalho nos versos do samba *Sei Lá, Mangueira* que epigrafam este trabalho, que a realidade é um pouco mais que os sentidos ou toda a cautela exigível são capazes de dar conta, e é exatamente para suprir toda essa deficiência estrutural, tão humana e tão moderna, é que nos socorre a teoria da aparência. Esta veio, como se expôs, para evitar o “sei lá, Mangueira!”, esta surpresa que decorre do dar-se conta da desproporção entre a realidade e o que ela aparentava ser. Talvez seja ainda um pouco mais. Quem sabe um corolário na proteção da sinceridade nas relações sociais, que não precisarão pautar-se numa desmedida e descabida desconfiança recíproca? Possível. De todo modo, servirá certamente como um alento para as pessoas, que poderão tratar livremente, confiantes não só nos negócios que celebram, mas também que o ordenamento assegurará que o direito não será “torto”, mas justo.

Referência

AGUIAR JR. Ruy Rosado de (org.) *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL, Luiz. *Forma e aparência nos títulos de crédito*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, dez. 1985, v. 74, n 602, pp. 39-48.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4.^a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, 10.^a ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.

BIRENBAUM, Gustavo Benjamin. *A titularidade aparente: eficácia do negócio realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Civil da UERJ, Rio de Janeiro, 2004.

BOLAFFI, Renzo. *Le teorie sull'apparenza giuridica*. *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934, v. XXXII, Primeira Parte.

BORGHI, Hélio. *Ausência e aparência de direito. Erro e a simulação*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, dez. 1996, v. 85, n 734, pp. 763-771.

BRUTAU, José Puig. *Estudios de Derecho Comparado, La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Ariel, 1951.

CALAIS-AULOY, Jean. *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Paris: LGDJ, 1961.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, 6.^a ed. Rio de Janeiro: [S.N.], 1977.

COLEMAN, J. *The foundations of social theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, jul./set. 1998, v. 36, n 111, pp. 39-44,

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*. Lisboa, Set. 2005, v. II, Ano 65. Disponível em: <http://www.oa.pt/Publicacoes/revista/default.aspx>. Acesso em 08 de abril de 2007.

CÓRDOBA, Marcos M. *Efectos jurídicos de la fe en la apariencia. El heredero aparente*. CÓRDOBA, Marcos M. (org.) *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, v. 1.

CORRÊA, Luiz Fabiano. *A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais: esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo direito privado brasileiro à confiança na aparência de direito, em matéria patrimonial*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2001.

CRÉMIEU, Louis. *De la validité des actes accomplis par l'heritier apparent*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, 1910, ano 19, t. 9, pp. 39-82.

D'AMELIO, Mariano. *Apparenza del diritto. Novissimo Digesto Italiano*. Turim: UTET, 1958, v. I, p. 716.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FALZEA, Angelo. *Apparenza. Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffré Editore, 1958, v. II.

FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça e UnB, 1983, v. I.

FRIEDMANN, Wolfgang. *El derecho en una sociedad en transformación*. Cidade

do México: Fondo de Cultura Econômica, 1966.

FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. *Cuerpo del derecho civil romano*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988, Primeira Parte.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L. *Cuerpo del derecho civil romano*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988, t. II, Primeira Parte.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*, 3.^a ed. Florença: Cammelli, 1891, v. III.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 18.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRASSETTI, Cesare. *Del negocio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*. *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, v. XXXIV, Primeira Parte, pp. 345-378.

_____. *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*. *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, v. XXXIV, Primeira Parte, pp. 548-553.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IONESCO. *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*. Estrasburgo: [S.N.], 1927.

JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano* (trad. Hélcio Maciel França Madeira), 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTINIANO. *Institutas de Justiniano* (trad. José Cretella Jr.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LANDIM FILHO, Francisco Antônio Paes. *A propriedade imóvel na teoria da aparência*. São Paulo: Cid, 2001.

LANDIM, Francisco. *O credor aparente*. São Paulo: Cid, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, 2.^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LAURENT, François. *Principes de droit civil français*, 3.^a ed. Bruxelas: Bruylong-Christophe, 1878, t. XIII.

LEVY, Emmanuel. *Les droits sont des croyances*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1924, t. XXIII.

LIRA, Ricardo César Pereira. *Considerações sobre a representação dos negócios jurídicos. A teoria da aparência e o princípio da publicidade na administração pública*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.º 01, UERJ, 1993.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes eddicoes às primeiras do bacharel joaquim jose caetano pereira e sousa*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Barcelona: Antrophos Editorial, 2005.

MALHEIROS, Álvaro. *Aparência de Direito*. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, out./dez. 1978, n.º 6.

MARTINEZ, J. Ignácio Cano. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch, 1990.

MATTIA, Fábio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Cid, 1999.

MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil*, 5.^a ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, t. II.

MAZEAUD, Henri. *La Maxime "Error communis facit ius"*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. 10.

MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milão: Giuffrè, 1951.

MOSSA, Lorenzo. *La dichiarazione cambiaria*. *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930, v. XXVIII, Primeira Parte.

MOSCHELLA, Raffaele. *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*. Milão: Giuffrè, 1973.

MOURLON, Frédéric. *Repetitions écrites sur le Code Civil*, 2.^a ed. Paris: Editeur Garruer, 1880, t. II.

MOZOS, José Luis de los. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da Aparência*. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, mar. 1982, n.º 24, v. 9.

SACCO, Rodolfo. *Apparenza. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione*

Civile, 4.^a ed. Turim: Editrice Torinese, 1998.

SALANDRA, Vittorio. *Estensione e fondamento giuridico della responsabilità personale per le obbligazioni delle società irregolari. Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1928, v. XXVI, Segunda Parte.

_____. *Le società fittizie. Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930, v. XXX, Primeira Parte.

SALLEILLES, Raymond. *De la possession des meubles. Études de droit allemand et de droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, 1907.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado* (atualizado por Semy Glanz). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, v. XXXIII, sup. VIII.

STOGLIA, Sérgio. *Apparenza jurídica e dichiarazioni alla generalità*. Roma: Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Gabriel de Labroüe. *Étude sur l'erreur en droit romain et en droit français*. Paris: Cottillon et fils Éditeurs, Libraires du Conseil d'Etat, 1871.

VILLA, Vitório de. *Error communis facit ius*. In: *Nuovo Digesto Italiano*. Milão: UTET, 1938, v. V.

ZACHARIAE, CROME e BARASSI. *Manuale del diritto civile francese: di Zachariae von Lingenthal*. Milão: Libreria, 1907, v. II.