

# REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 1 Julho/Dezembro de 2007

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

## COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof<sup>ª</sup>. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof<sup>ª</sup>. Salette Maria Polita Maccalóz, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenque-ner de Araújo).

## CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

## CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenque-ner de Araújo e Viviane Perez.

## PATROCINADORES:



## **A TEORIA DA APARÊNCIA JURÍDICA**

*Mauricio Jorge Pereira da Mota*<sup>1</sup>

*“(…) 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 (...)”*<sup>2</sup>

*1. Introdução: A idéia de aparência de direito. 2. Elementos da aparência de direito. 3. Eficácia dos atos praticados com aparência de titularidade. 4. Efeitos da eficácia da aparência. 5. O princípio da responsabilidade por situações de confiança e a tutela geral no âmbito da aparência de direito. 6. Conclusão.*

### **1. Introdução: A idéia de aparência de direito**

A aparência é o estado daquilo que parece exteriormente, do

---

1 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.

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

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. O vocábulo “aparência” deriva do latim *apparentia* e, segundo o Dicionário Lello Universal<sup>3</sup>, 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 manifestante<sup>4</sup>, enquanto aquela compreende a exteriorização de um fato, de uma realidade visível e imediatamente apreendida, que é o fenômeno manifestante ou aparente. A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma coincidência 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 realidade<sup>5</sup>.

---

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

4 Álvaro MALHEIROS, *Aparência de direito*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, nº 6, out./dez., 1978, p. 45.

5 Mariano D’AMÉLIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.

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 tráfico 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 proprietários verdadeiros porque, sem tal dispositivo, os adquirentes hesitariam em contratar, prejudicando a circulação econômica dos bens<sup>6</sup>.

A complexidade cada vez maior das relações jurídicas impõem-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 apresentam<sup>7</sup>.

---

6 Henri MAZEAUD, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, 5<sup>a</sup>.ed., Éditions Montchrestien, 1975, t. II, p. 140.

7 Arnaldo RIZZARDO, *Teoria da Aparência*, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, mar. 1982, v. 9, nº 24, p. 222-231.

Angelo Falzea<sup>8</sup> 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 Malheiros<sup>9</sup>, 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. 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, não se trata de situações regidas pelos câno-

---

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

9 Álvaro MALHEIROS, *Aparência de direito*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, out./dez. 1978, nº 6, p. 4.

nes da aparência de direito, mas por princípios jurídicos outros que buscam sua realidade em outras formas jurídicas específicas.

## **2. 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 accedido a algo determinado, renunciá-lo. Nem cabe a renúncia do cônjuge de boa-fé no matrimônio putativo aos efeitos favoráveis deste, que se produzem inexoravelmente<sup>10</sup>.

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 despertada em terceiro.

O artigo 1.189 do Código Civil italiano<sup>11</sup> que trata do pagamento feito ao credor aparente define o primeiro desses elementos: é necessário que a aparência tenha sido criada de acordo com *circunstâncias unívocas* capazes de gerar uma apreensão errônea da realidade.

---

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

11 “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”.

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 objetiva<sup>12</sup>. A essa causa, fatos objetivos externamente perceptíveis, denominam-se “circunstâncias unívocas”, elemento da situação de aparência jurídica.

Vicente Ráo<sup>13</sup> sintetiza os 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

---

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

13 Vicente RÁO, *Ato Jurídico*, 3ªed, Max Limonad, 1965, p. 243.

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 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-lo<sup>14</sup>.

O erro capaz de fazer incidir a tutela da aparência é também aquele erro objetivo, escusável, erro que incidiria qualquer pessoa prudente<sup>15</sup> nas mesmas condições. Como expõe Angelo Falzea<sup>16</sup>, “*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*”.

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

---

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

15 “*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*, in *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, mar. 1982, v. 9, nº 24, p. 222-231.

16 Tradução livre de Angelo FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 697.

alemães definem como *guter Glauben* (boa crença) e a segunda a boa-fé objetiva referida por *Treu und Glauben* (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 legítimas<sup>17</sup>.

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 aparente<sup>18</sup> 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 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 gra-

---

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

18 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 apresentado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, 2004, p. 74-75.

tuito, o Código Civil italiano (de 1865) estabelece a preferência para o primeiro<sup>19</sup>.

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 tratar-se 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 conseqüências da situação aparente é um dos elementos da aparência jurídica.

Fabio Maria de Mattia conclui bem a 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 procuração<sup>20</sup>.

---

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

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

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 bens<sup>21</sup>.

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 jurídica<sup>22</sup>.

### **3. 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. Aferiram-se estes ao direito romano porque neste, em princípio, as consequências jurídicas previstas pelo ordenamento se aplicavam ainda quando com isso ocasionassem um prejuízo a uma pessoa 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 rigi-

---

21 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.

22 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*, in *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, jul./set. 1998, v. 36, nº 111, p. 39-44.

dez 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 jurídica.

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 de François Laurent, Zacharie, Crome e Barassi, Giorgi Giorgio, Frédéric Mourlon 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 crenças<sup>23</sup>. 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. Ela não explica todos os casos de aparência, vez que não é possível se fundamentar uma teoria jurídica nas crenças sempre cambiantes das pessoas e,

---

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

pelo contrário, faltaria se identificar os critérios lógicos e objetivos que suscitassem, 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 francês<sup>24</sup>. 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 aparência<sup>25</sup>. 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*<sup>26</sup>. Entretanto, 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. 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 ditas pela aparência não dependem da origem desta aparência: seja a sociedade aparente por irregularidade de sua constituição<sup>27</sup>, seja por

---

24 “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]

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

26 Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1961, p. 20.

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

simulação, as conseqüências para os terceiros serão as mesmas, a validade dos atos ostensivos<sup>28</sup>.

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, engajada porque correu um risco, aquele de provocar por atividade sua 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 (no limite dessa aparência, e não no limite dos danos eventualmente resultantes<sup>29</sup>) 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

---

28 Jean CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 20-21.

29 Jean CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 24-25.

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.

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.

Por fim cabe examinar aquele que é o efetivo fundamento para a eficácia do ato praticado pelo titular aparente: a confiança. Esta é definida por 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 efetivos<sup>30</sup>.

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 Peyrefitte<sup>31</sup> desenvolve a tese de que a relação de confiança é o elemento primordial para explicar o desenvolvimento econômico e social das diversas nações.

---

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

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

A relação entre confiança e desenvolvimento é assim central 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 causa<sup>32</sup>.

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.

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 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

---

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

jurídica. 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.

A tutela da confiança, como sustenta Carneiro da Frada, 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<sup>33</sup>.

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

---

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

verificação de expectativas determina (quando muito) a necessidade de uma redução teleológica<sup>34</sup>.

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. 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. 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.

O pensamento da confiança integra-se 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 ten-

---

34 Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, p. 355.

dência 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. Aprofundar os dois pilares da liberdade e da responsabilidade, eis, para Frada, a via do Direito<sup>35</sup>.

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 titularidade. A sociedade pós-moderna em seu processo de desenvolvimento dinâmico, como ressalta Peyferitte, exige que se dê à multiplicação das exteriorizações materiais e legais das relações jurídicas uma segurança dinâmica que possa alicerçar 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.

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,

---

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

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.

#### **4. Efeitos da Eficácia da Aparência**

No que tange às relações entre o proprietário verdadeiro e terceiros a aparência é criadora de direitos. Como bem lembra Mariano D'Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito, mas aquele, *per se*, 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 realidade<sup>36</sup>.

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

---

36 Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.

probidade quanto da boa-fé diligência. Isto é, devem estar presentes os dois aspectos da boa-fé para que os terceiros restem protegidos.

Na aparência tem-se aquilo que Carvalho Santos<sup>37</sup> denomina de “erro sanante” — ao qual ele também se refere como “erro confirmador” ou “legitimante” — que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como validador do negócio. 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.

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. 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 aparência<sup>38</sup>. Finalmente, um último efeito da eficácia da aparência de direito é o de afastar a anulabilidade do ato praticado pelo titular aparente.

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 direi-

---

37 J. M. Carvalho SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado*, Freitas Bastos, 1981, v. XXXIII, suplem. VIII (arts. 1-145), p. 266.

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

to, 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 negócio<sup>39</sup>.

## **5. 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 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 que contesta a legitimidade do princípio da aparência (a que pertencem, na Itália, Stolfi, Verga, Coviello, Cariota, Ferrara e outros), 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. São, segundo D'Amélio<sup>40</sup>, 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.

---

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

40 Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 716.

Igualmente, no direito francês a aparência de direito há longo tempo foi guindada à categoria de princípio de direito, sendo fartamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Henri Mazeaud<sup>41</sup> expressamente o admite, reportando-se à difusão do adágio *error communis facit ius* na jurisprudência.

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 estes.

O princípio tem natureza normogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, norma 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 justificação<sup>42</sup>. 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.

Neste sentido, de se observar que 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

---

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

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

como aquele que dispõe que ninguém transmite a outro direito melhor ou mais extenso do 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 ele.

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 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 quem 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.

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.

## 6. Conclusão

A velocidade das transações e o evolver 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 coincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada. O âmbito da aparência são, destarte, 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.

Nesse sentido, de se frisar que 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 tráfico jurídico. No confronto com terceiro a respeito 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. 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.

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 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.

Desse modo, nos é possível concluir, da mesma forma que Paulinho da Viola e Hermínio 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.

## **7. Referências Bibliográficas**

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, 10<sup>a</sup> 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*. In: *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934, v. XXXII, Primeira Parte.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *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 111, p. 39-44,

CORRÊA, Luiz Fabiano. *A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2001.

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

FALZEA, Angelo. *Apparenza*. In: *Enciclopedia Del Diritto*. Milão: Giuffrè 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.

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

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

LEVY, Emmanuel. *Les droits sont des croyances*. In: *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*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, nº 01, UERJ, 1993.

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

MALHEIROS, Álvaro. *Aparência de Direito*. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, out./dez. 1978, nº 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<sup>a</sup> ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, t. II.

MAZEAUD, Henri. *La Maxime "Error communis facit ius"*. In: *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.

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

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.

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

RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da Aparência*. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, mar. 1982, nº 24, v. 9.

SACCO, Rodolfo. *Apparenza*. In: *Digesto delle discipline privatistiche. Sectione Civile*, 4ª ed. Turim: Editrice Torinese, 1998.

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

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

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.

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