

APARÊNCIA DE DIREITO

Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 1 | p. 955 - 1006 | Jun / 2011
DTR\2012\1188

Álvaro Malheiros

Mestrando em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área do Direito: Civil; Fundamentos do Direito

Sumário:

- 1.Introdução - 2.Conceito e etimologia - 3.Evolução histórica - 4.Aparência de direito no Direito brasileiro - 5.Doutrinas sobre a eficácia da aparência de direito – seus fundamentos - 6.Natureza jurídica da aparência de direito - 7.Tentativa de síntese - 8.Conclusões - 9.Bibliografia

Revista de Direito Civil RDCiv 6/41 out.-dez./1978

1. Introdução

1.1 Colocação do tema

De modo geral os autores ao tratarem do tema da Aparência de direito, reconhecem que essa teoria é criação recente, do moderno Direito científico, fruto das necessidades sociais, de garantia dos interesses de terceiros de boa fé, em virtude da aceleração, cada vez maior, das relações jurídicas e das necessidades do comércio jurídico e do tráfico. É fruto, portanto, das exigências de rapidez nas comunicações, da aceleração do "giro" dos negócios e da circulação dos bens, da vida moderna.

A aparência do Direito viria, assim, inegavelmente corresponder a uma necessidade jurídico-econômico-social, e seria, na verdade, a expressão de um ideal de Justiça e a consagração de um princípio de equidade, consubstanciados na tentativa de conciliação dos ideais de segurança e de certeza no conflito de interesses que o Direito visa a ordenar.

Como bem ressaltou Radbruch, estes ideais e princípios geram uma tensão permanente, o que faz do Direito uma ciência essencialmente dinâmica. De fato, entre a idéia de Justiça e o fim do Direito se estabelece uma primeira tensão, onde os princípios de equidade, ou de igualdade, de um lado e os da boa fé e da relatividade, de outro, se colocam como seus parâmetros. Da mesma forma entre os princípios de segurança e de certeza as tensões fazem com que ora uma, ora outra, prevaleça.

Essa alternância de situações levou o Direito a dar prioridade desde os primeiros tempos, ora às formalidades externas, como elemento de certeza, ora ao conteúdo sobre as fórmulas, numa busca de justiça e, conseqüentemente, de segurança para retornar a dar validade à fórmula como expressão da certeza e, ainda uma vez, voltar-se às necessidades sociais na busca da segurança e da justiça.

Assim, o Direito, sucessivamente, vem valorizando certas manifestações formais, inicialmente como necessidade de certeza, para depois verificar que a certeza, só por si, não leva à segurança. E voltar a proteger a segurança, às vezes em detrimento da certeza, como decorrência da realidade, da aceleração dos negócios e da vida econômico-social em geral.

O princípio da aparência do direito é uma dessas soluções de síntese, quando a certeza das fórmulas ou das exterioridades não basta para levar à segurança das relações nelas baseadas. E, assim, as situações de fato, muitas vezes, passam a se sobrepôr às situações de direito, para contornar aqueles limites demasiados estreitos, de que nos

fala Radbruch, segundo quem o Direito, muitas vezes traça "limites demasiados, precisos aí onde a vida apenas conhece sutis transições, ou é levado a contentar-se, para a caracterização de certas situações, só com sintomas exteriores, em vez de atender aos fatos interiores propriamente vividos e mais significativos" (Radbruch, *Filosofia do Direito*, p. 164).

Com efeito, segundo Mariano D'Amelio "no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito; mas o estado de fato, freqüentemente, e por considerações de diversas ordens, merece o mesmo respeito do estado de direito e em determinadas condições e em proteção a determinadas pessoas, gera conseqüências não diferentes daquelas decorrentes do correspondente estado de direito. Um desses casos é a aparência de direito" (D'Amélio, n. 1).

1.2 Estado atual da questão

Que essas situações se avolumaram nos tempos modernos, como resultado do dinamismo da vida dos negócios, é evidente, e a isso se refere Angelo Falzea para quem o princípio da aparência de direito nasce da "exigência de tornar mais rápidas as várias formas de circulação jurídica dos bens, com o incremento do comércio e do tráfico e com a intensificação do ritmo das relações econômicas "impondo nos tempos modernos um reforço na tutela dos terceiros e, pelo contrário, uma menor garantia dos direitos preexistentes e das situações jurídicas preconstituídas".

Ou, segundo Bergamo, citado por José Luiz de Los Mozos, "a multiplicação e extensão das atividades humanas, favorecida pela velocidade das comunicações, a concentração dos negócios nos grandes núcleos urbanos, a economia de tempo e de atividade, a pressa, enfim, que, desgraçadamente, é o signo destes dias, são todos eles fatores que determinaram a aparição no Direito, instrumento sempre fiel da realidade, da interessante teoria da aparência" (p. 262).

1.3 Aparência no Direito e aparência de direito

O reconhecimento da aparência, no entanto, não é fato novo no mundo jurídico, que desde há muito consagrou, de várias formas, aspectos de "aparência" como fundamento de vários institutos ou princípios jurídicos. Assim, a posse, considerada como a exteriorização (ou aparência) da propriedade; todo o direito cambial, ou cartular, que tem por base o título de crédito formal, e portanto a exteriorização (ou aparência) de um direito de crédito; os direitos baseados em instrumento de fé pública ou aqueles que, para resguardo dos interesses, exigem uma formalização ou uma "publicização" de seus atos, nos registros civis, comerciais, imobiliários etc.

Em todos eles se identifica aquela "formalização" a que antes nos referimos, e que resulta, em última instância, numa busca de certeza, através das situações que se manifestam, exteriorizadas, formalmente pela aparência de certos direitos a que correspondem.

Existe, pois, um antigo reconhecimento do mundo jurídico à aparência no Direito.

Mas, como bem observa Talzea, esses direitos nascidos de formalizações e, portanto, da "aparência", num sentido genérico, não são, realmente, os que nos podem interessar no estudo de uma teoria da aparência do Direito. Essas manifestações aparentes do Direito, têm seu fundamento e sua tutela em situações jurídicas e em institutos bem definidos pela ciência jurídica, e não seria preciso, realmente, lançar mão agora, de uma nova teoria ou tentar invocar um princípio novo para validar tais situações. Os títulos de crédito, as declarações ou manifestações de fé pública, a transmissão da propriedade imóvel pela transcrição etc, são aplicações de princípios já preexistentes, e de há muito vigentes no mundo do Direito.

E, ainda que tendo por alvo os mesmos objetivos – de um lado a aceleração da vida dos negócios, a economia de tempo e de energia etc, e de outro a proteção à segurança e à

certeza – não têm como fundamento, salvo em casos muito especiais, como a teoria da aparência, o reconhecimento de situações de fato, em detrimento de situações de direito, aceitando que “assim como certos fatos antijurídicos chegam, por vezes, a anular o direito objetivo e a criar um direito novo no interesse da segurança do direito, do mesmo modo e pelo mesmo motivo podem, também, dentro de um sistema jurídico positivo, surgir ou extinguir-se direitos subjetivos, por meio de fatos antijurídicos” (Radbruch, pp. 164 e 165).

1.4 Delimitação do tema

Dessa forma fica delimitado, desde logo, o âmbito deste nosso modesto trabalho, advertindo, de antemão, que para nós, aqui, a “teoria da aparência de direito”, será vista como um princípio pelo qual, um direito se manifesta como algo realmente novo, não preexistente, e não se fundamentando em nenhum outro princípio para existir, se não na sua própria “aparência”.

Existe esse princípio? Tem ele fundamento jurídico? Quais as suas características e quais os seus elementos? Tem ele aplicações concretas no Direito?

É o que, aqui, tentaremos expor e, se possível, resolver.

2. Conceito e etimologia

2.1 Linguagem vulgar e linguagem técnica

Aparência, segundo Laudelino Freire, deriva do latim, *aparentia*, significando: “1) aspecto exterior de alguma coisa; 2) coisa que parece mas não é, ficção, mostra enganosa; 3) verossimilhança, probabilidade; 4) forma, figura; 5) vestígio, sinal ou mostra que deixou de si alguma coisa; 6) quimera, ilusão; 7) capa, cor, disfarce”.

Aparente, adjetivo (do latim *apparens, entis*), significa: “1) que aparece e não é, fingido, imaginário, suposto; visível, evidente, manifesto, que se mostra ou aparece à vista; parecido, semelhante; 4) verossímil, provável”.

O verbo *aparentar*, de *aparente + ar*, conforme suas regências, pode significar: “1) mostrar na aparência ou exteriormente (transitivo direto); 2) inculcar (o que não é), fingir, afetar (transitivo direto ou bitransitivo com a preposição *com*); 3) ter aparência de, afetar de, inculcar-se (transitivo indireto, com preposição *de*)”. Pode ainda derivar de *a + parente + ar*, significando “tornar parente, ligar em parentesco; tornar semelhante”. Ora *parente*, do latim *parens, parentis*, significa exatamente “semelhante, análogo, parecido”, além do sentido corrente de “ter parentesco, pertencer à mesma família”.

Caldas Aulete e F. Fernandes acrescentam alguns significados, omitindo outros, já encontrados em Laudelino Freire, ao significado de *aparência*: o que aparece exteriormente; o que se mostra à primeira vista; o que imediatamente nos impressiona; aspecto; vista; exterioridade, fingimento: Da mesma forma a *aparente*: o que se vê; e que aparece; que parece; que parece mas não é; que só existe na *aparência*, exterior.

O conceito vulgar de *aparência* é justamente essa de aparecer, ou de parecer, sem ser, de aspecto exterior de alguma coisa da qual não se conhece e interior, de sinal de algo, mostra enganosa, fingida, análogo. Daí a idéia de imaginário, de fingido ou simulado; de suposto; de provável ou verossímil; de exterior, ainda que seja apenas o visível, o evidente, o que se mostra ou aparece à vista, o manifesto.

O conceito de *parente* – semelhante, análogo, parecido – nos esclarece, ainda, que o *aparentar*, é fazer algo semelhante, na *aparência*, análogo ou parecido nas exterioridades, a outra coisa – não importando se na essência, intrinsecamente, no interior, sejam realmente iguais, verdadeiramente análogos.

Por esses conceitos verificamos que a linguagem vulgar considera a *aparência* se não

como uma “falsidade”, como “parecer alguma coisa o que não é”, pelo menos como uma exterioridade ou um vestígio real, visível, manifesto, de algo que pode (ou não) ser verdadeiro.

Na filosofia encontramos o conceito nas “apercepções”, em Leibniz, através das quais “tomamos distintamente consciência de certos objetos” (Thonnard, p. 531) ou em Kant para quem “o fenômeno pode fornecer um elemento ao juízo verdadeiro, mas, só, é apenas o objeto dum conhecimento imperfeito e parcial”. Kant “chama-lhe juízo de percepção, distinto da apercepção, ou juízo de experiência” (idem, p. 639). Finalmente na moderna Fenomenologia, segundo a qual “o fenômeno é o fato imediatamente apreensível segundo todos os seus aspectos”. Através desse processo de apreensão “o que atingimos não é pura aparência; são as próprias essências, com suas propriedades estáveis, capazes de fundar verdadeiras ciências” (idem, p. 897).

Verifica-se, assim, que num conceito técnico, a aparência, é a manifestação de algo, interior ao próprio fenômeno aparente, que pode levar o observador a conhecer sua realidade, mas que, sempre, será uma exteriorização, um vestígio ou sinal, de uma realidade interior, de uma realidade manifestada (ou aparente) verdadeira ou não.

2.2 Delimitação do conceito

Sob esse aspecto de manifestação exterior de uma realidade interior (conhecida ou não, real ou não) é que o Direito tomou da linguagem vulgar e, mesmo, dos conceitos técnicos, a idéia de aparência.

Orlando Gomes (p. 94), após enumerar vários casos de possível ocorrência da “aparência de direito”, conclui: “Em todos esses casos, aparece como verdadeiro um fenômeno que não é real. O parecer sem ser põe em jogo relevantes interesses que a lei não pode ignorar”. Enquanto Falzea confirma: “uma situação jurídica parece existente enquanto, na realidade não o é, e este seu aparecer e não ser coloca em jogo relevantes interesses humanos, que a lei não pode ignorar” (p. 685). No mesmo sentido, ainda, Mário Moacyr Porto fala na teoria da aparência “que tão fecunda se revela como processo de conciliação entre a enganosa representação das exterioridades e a oculta legitimidade do real” (RT 260/4) como a concretização do ideal perene do Direito no atendimento aos reclamos da equidade, e às exigências do bem comum e da justiça.

2.3 Conceito jurídico

É especialmente nesse sentido de aparecer sem ser, de manifestar o que não é, de contradição entre o fenômeno exteriorizado e sua essência que a teoria da aparência do direito se desenvolveu nos últimos tempos.

Assim, todos os casos considerados como de aparência de direito apresentam, sempre, esse duplo aspecto que marca, definitivamente, a teoria da aparência como uma das aplicações, no Direito, da predominância do exterior sobre o interior, da aparência sobre a realidade, com a exteriorização de um fato, de uma realidade visível, apreensível imediatamente, em contraposição a uma realidade subjacente, não visível, não cognoscível imediatamente, mas que é por aquela manifestada.

2.3.1 Realidade exterior e interior

Em primeiro lugar existe a exteriorização de um fato, de uma realidade visível e imediatamente apreendida, que é o fenômeno manifestante, ou aparente.

Em segundo lugar temos uma realidade interior, significada mediatamente pelo fenômeno manifestante, que é manifestada e real mas não verdadeira.

“Segundo a lógica pura, sem dúvida, a aparência nunca deveria equivaler à realidade e, muito menos, predominar sobre ele. Mas as necessidades do comércio jurídico, não menos do que a solicitude para com a boa fé, exigem que, em certos casos a

determinar, sob certas condições e em certa medida, a aparência enganosa seja reconhecida como criadora de direito, não somente de maneira provisória, sob reserva de contraprova (como na posse), mas a título definitivo e mesmo à custa da própria realidade” (Jean Dabin, cit. por Alípio Silveira, p. 88).

Ora, conforme nota Falzea (p. 685), a doutrina, em geral, concorda em considerar “a aparência como relativa a uma situação jurídica e mais particularmente a um direito subjetivo: assim se fala de aparência jurídica, de aparência de direito, de aparência da situação jurídica, ou, enfim, com expressão precisamente modelada, de *apparentio iuris*”. Mas, adverte o mesmo autor, é extremamente importante buscar “mais do que uma definição exata, um quadro sistemático de conceitos, que permita estabelecer as relações e mesmo as necessárias distinções entre a figura jurídica da aparência e as demais figuras – posse, publicidade, atos de fé pública, títulos formais – com as quais, freqüentemente, é confundida”.

Por isso preferimos falar em situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não verdadeira, para, desde logo, afastarmos as demais figuras que manifestam situações jurídicas (verdadeiras ou não), cujo reconhecimento se funda em outros princípios do Direito.

2.3.2 Realidade e verdade

Além disso, é preciso distinguir, também, desde logo, o verdadeiro do real. O fenômeno manifestante é sempre real; a situação manifestada pode ser verdadeira ou falsa. No caso da posse, temos, por exemplo, um fenômeno externo, real, que é a própria situação do possuidor; esse fenômeno manifesta uma situação que pode ser verdadeira (a do possuidor a justo título) ou falsa (a do possuidor sem justo título). O fenômeno da posse (real) pode ser, ainda a manifestação da propriedade. Essa manifestação pode ser verdadeira ou não, embora a posse, seja sempre real, e até mesmo a justo título (possuidor em nome de terceiro).

Ora, visto que a situação não verdadeira, é uma situação de erro ou de ignorância, aí encontramos o primeiro elemento essencial do conceito de “aparência”. Trata-se, sempre, de uma situação em que – levado por erro ou ignorância – alguém realiza um negócio jurídico, que, de outra forma, não realizaria. Mas como o erro só será escusável se o redimir a boa fé, encontramos aí o segundo elemento essencial para a ocorrência do fenômeno de aparência.

2.3.3 Conceito jurídico

Poderíamos, reunindo esses elementos, tentar conceituar a aparência de direito como sendo uma situação de fato que manifesta como verdadeira uma situação jurídica não verdadeira, e que, por causa do erro escusável de quem, de boa fé, tomou o fenômeno real como manifestação de uma situação jurídica verdadeira, cria um direito subjetivo novo, mesmo à custa da própria realidade.

2.4 Importância do tema

É fácil verificar que, conforme dissemos de início, dada a rapidez dos negócios, a aceleração do tráfico, a interpenetração das relações jurídicas, com a extrema facilidade de transportes e comunicações, enfim, com o ritmo vertiginoso com que se operam inúmeros negócios jurídicos hoje em dia, sem que se possa examinar, convenientemente, toda a realidade e verdade que os fenômenos exteriores manifestam, torna-se cada vez mais importante o princípio da aparência de direito. Com efeito, por ela, o Direito, reconhecendo, embora, que a realidade, e com ela legítimos interesses, possam ser sacrificados à aparência, protege convenientemente os interesses também legítimos, dos terceiros de boa fé que, iludidos pela manifestação real de uma situação, aparentemente jurídica, tenham se enganado ou incorrido em erro e aceito essa aparência real, mas falsa, como verdadeira.

“O Direito moderno estendeu profusamente a utilização da aparência, no interesse do tráfico jurídico, do rigor e da certeza dos direitos, o que confere ao ordenamento um dinamismo de que antes carecia” (De Los Mozos, p. 263).

3. Evolução histórica

3.1 Direito romano até nossos dias

A teoria da aparência, tal como a encaramos neste trabalho, é de criação inegavelmente recente.

Não resta dúvida que já no Direito romano e no Direito medieval situações formais, “aparentavam” realidades jurídicas. Já vimos que a formalização foi a primeira manifestação concreta da aparência. Mas nesse caso o fenômeno manifestante – a situação formalizada – era a expressão pura e simples de uma situação real e verdadeira, sendo a formalização, apenas, fruto de uma preocupação de certeza nas relações jurídicas.

Só a partir do último século, como reação à excessiva “formalização” de certas situações – que apesar de formalizadas passaram a não corresponder à realidade jurídica e, portanto, a não mais atender à necessidade de certeza – é que surgiu a teoria da aparência do direito. Segundo a expressão de De Los Mozos (p. 264) “a aparência se defronta com a aparência”, ou seja, a exterioridade formal, o fenômeno manifestante, se coloca frente a frente com a realidade manifestada – que por sua vez pode ser, apenas, uma “aparência”, um novo fenômeno, real, mas não verdadeiro.

Assim nasceu no Direito alemão a teoria da aparência, da qual O. von Gierke é um dos iniciadores.

Muito autores pretendem encontrar já no Direito romano situações de aparência de direito, tal como hoje as entendemos. São, muitas vezes, citados os exemplos do funcionário aparente (Lex Barbarius Philippus) ou da capacidade: aparente, lembrados, por exemplo, por Mário Moacyr Porto.

Vicente Ráo, ao analisar o Direito antigo, afirma (p. 240) que “das fontes romanas, comumente se destacam os textos do D.I. 14, 3, De officio praetorum, o das Institutas II, 10, 7 e o do D. 14, 6, 3, entre outros. O primeiro diz respeito à famosa Lex Barbarius relativa ao escravo que, fazendo-se passar por livre, conseguiu eleger-se pretor descoberto, mais tarde, o seu verdadeiro estado, apesar disto os atos por ele praticados como pretor foram mantidos. O texto das Institutas assim rezava: “quando alguma das testemunhas, ao tempo da confecção do testamento, era considerada livre, mas mais tarde se apurou ser escravo, tanto o imperador Adriano em escrito a Catão Vero, quanto, mais tarde, os imperadores Severo e Antonino, decidiram, por sua liberalidade, validar o testamento, para que como tal se considerasse desde o começo. E isso porque ao tempo da confecção do testamento, aquela testemunha era considerada livre, não havendo quem lhes contestasse o estado civil”. O terceiro texto tratava da “capacidade aparente”, dos atos praticados por quem “se acreditou” pater famílias, erradamente, não por ingenuidade ou dolo, e que assim foi por todos considerado.

Nesses casos, explica o mestre, ocorreriam verdadeiros fenômenos de aparência; mas ainda não se formulara um princípio de aparência de direito, que validasse tais situações. Segundo ele, legitimação dessas situações vinha do “princípio da equidade, que autorizava em Roma a escusa do erro comum” e não de qualquer outro princípio específico, sendo este, por sua vez decorrente do princípio da equidade, “mas não por força do princípio de aparência que é, este último, construção do Direito moderno” (loc. cit.).

Washington de Barros Monteiro (vol. 6, p. 76) afirma que já o Direito romano conhecia a figura do herdeiro aparente (que, como veremos adiante, é uma das figuras consideradas pelos diversos autores como das mais típicas de aparência) “através do

possessor pro herede, que sob aparência de herdeiro, comportando-se como tal, possuía de boa fé bens hereditários”.

Beviláqua, nos seus Comentários, indica várias vezes as fontes de figura, consideradas hoje como de aparência de direito, no Direito romano, como por exemplo:

- 1) Na capacidade aparente: (Comentários ao art. 155) cod. 2, 42, 2 e cod. 2, 42, 3, pr., fragmentos também indicados por Correia e Sciascia (p. 72).
- 2) No casamento putativo: (Comentários ao art. 221) D. 23, 2, fr. 57, § 1.º, cod. 5, 5, 1, 4.
- 3) No caso de credor putativo: (Comentários aos arts. 935 e 936) D. 5, 3, fr. 31, § 5.º e D. 46, 3, fr. 15. Além desses Correia e Sciascia (p. 228) indicam também Inst. 2, 8, 2.
- 4) No caso de mandato aparente: (Comentários aos arts. 1.318 e 1.321) no art. 1.318: D. 46, 3, fr. 12, § 2.º e no art. 1.321: Inst. 3, 26, § 10; D. 17, 1, fr. 26, pr. No texto do comentário a esse artigo (observação n. 1) diz textualmente: “é a solução romana, adotada pelos Códigos Civis modernos, porque assenta na boa razão”. Correia e Sciascia além daqueles textos indicam ainda, para o art. 1.318, a fonte do D. 17, 1, 12, 16 e para o 1.321, o D. 17, 1, 58 e as Inst. 3, 26, 10 (pp. 319 e 320).

Não se pode, é claro, encontrar nesses textos do Direito romano a origem da “teoria da aparência”, mas, simplesmente, figuras de aparência, casos de verdadeira “aparência de direito”, cuja explicação não se fundamenta ainda no princípio da aparência jurídica.

3.2 Codificações modernas

Têm razão os autores quando afirmam que esse princípio é de criação recente, pois somente a partir dos últimos cem anos é que as necessidades do tráfico jurídico passaram a exigir uma fundamentação para esse princípio que faz com que a realidade seja desprezada pela aparência.

Assim, segundo nos ensina Falzea (p. 683) foi “a partir da segunda metade do século passado, enquanto os ordenamentos jurídicos dos vários países, vieram criando, com repetidas intervenções legislativas, exceções sempre mais numerosas às regras tradicionais e a jurisprudência começava a alargar o âmbito de aplicação de tais regras, que a doutrina começou a recolher, numa tentativa de sistematizações gerais, os temas novos oferecidos pela legislação e pela experiência. Nessa direção inovadora se coloca, na vanguarda, a Alemanha, onde a mais acentuada tendência dos pandectistas, e especialmente dos autores e dos intérpretes do BGB, além das particulares estruturas dos institutos jurídicos de origem germânica facilitaram a elaboração dos conceitos e princípios que, por fim encontraram uma coerente e sistemática formulação na teoria da aparência.

A partir, pois, das realidades e das necessidades sociais, a legislação, em caráter de regras de exceção, abriu brechas nos princípios tradicionais, aceitando alguns casos excepcionais onde a aparência de uma situação jurídica poderia valer, para terceiros, como a própria realidade jurídica, ainda que não fosse verdadeira.

Um dos primeiros casos é, sem dúvida, o do herdeiro aparente, no caso de quem pratica atos do herdeiro verdadeiro, em virtude de ter sido investido, mesmo provisoriamente, nessa posição. Os atos onerosos de alienação praticados, nesse caso, pelo herdeiro aparente, passaram a ser considerados válidos, ainda quando posteriormente a sua qualidade de herdeiro viesse a ser contestada e se chegasse à conclusão, mesmo, que ele jamais poderia ter sido herdeiro verdadeiro. Objetivando a proteção e a garantia dos terceiros de boa fé, que com ele haviam transacionado, as legislações dos vários países, criaram exceções à regra de “que ninguém pode transmitir mais direitos do que tem” e reconhecerem como válidas essas alienações.

Não tardou que a jurisprudência, interpretando de forma mais liberal essas regras

excepcionais, ampliasse a aplicação do mesmo princípio a outros casos de venda a non domino, a casos de credor putativo, de casamento putativo, e, assim, por várias extensões, se criaram exceções cada vez mais numerosas aos princípios gerais, tradicionais.

Diante dessas situações concretas, coube à doutrina tentar formular uma explicação e encontrar um embasamento jurídico a esse princípio, inicialmente excepcional, e aos poucos integrado no ordenamento geral, do reconhecimento das situações aparentes.

Tão recente, porém, é a construção do princípio que ainda vacilam, doutrina, legislação e jurisprudência, em aceitá-lo ou não, em reconhecer-lhe um verdadeiro fundamento, em aplicá-lo a certos casos, em tomar enfim, uma posição definida e definitiva diante da "aparência de Direito". Inclusive, muita confusão ainda está por ser desfeita.

3.3 Casuística no Direito comparado

Quais são, de modo geral, os casos mais comuns aos quais se aplicam o princípio da aparência, nas várias legislações modernas?

Não há, como dissemos, ainda, muita firmeza nas afirmações. Dentro de um mesmo ordenamento jurídico, alguns autores indicam certos casos não referidos por outros. De qualquer forma as citações são em geral, exemplificativas do que taxativas.

No Direito alemão, Enneccerus, citado por Vicente Ráo (nota 63-A, p. 235) aponta como casos de aparência, além dos casos de atos formalizados ou baseados em títulos de fé pública (como a posse, inscrição em registro, documentos, notificação), os atos praticados:

- 1) pelo herdeiro aparente (§§ 2.370 e 2.376 do Código Civil alemão);
- 2) pelo credor anterior sobre os créditos que na realidade já cedeu (§ 407);
- 3) pelo procurador cujo poder já se extinguiu (§ 2.218);
- 4) pelo testamenteiro cuja função já cessou (§§ 674 e 169);
- 5) outros (§§ 405, 409, 370 e 793).

No Direito francês, Henri Mazeaud, também citado por Vicente Ráo (p. 238), considera que a jurisprudência, baseada nos casos de posse, casamento putativo e formalização da transcrição de propriedade, "atendo-se cada vez mais à aparência", alargou o seu conceito, aplicando-a aos casos de:

- 1) domicílio aparente;
- 2) proprietário aparente;
- 3) mandatário aparente;
- 4) capacidade aparente etc.

Já Josserand, citado por D'Amelio (p. 717) explica os casos de aplicação do princípio da aparência, na França, num rol muito mais abrangente (cf. também Orlando Gomes, pp. 93 e ss.):

- 1) domicílio aparente;
- 2) separação de fato dos cônjuges;
- 3) situação do filho nascido depois de 300 dias da dissolução da sociedade conjugal;
- 4) o concubinato;

- 5) a propriedade aparente;
- 6) o pagamento feito a credor aparente;
- 7) a responsabilidade (civil) aparente;
- 8) a hipoteca concedida pelo proprietário aparente (não arrolada por Orlando Gomes);
- 9) a capacidade aparente da testemunha;
- 10) os atos praticados pelo herdeiro aparente (também não citada por Orlando Gomes).

É preciso que se alerte que a jurisprudência e, a partir dela, a doutrina, francesas, basearam, inicialmente, seu reconhecimento da aparência na máxima *error communis facit jus*. Mas, já, mais recentemente, o princípio geral da aparência começou a ser reconhecido também naquele país. Assim Noël Dejean de la Batie (pp. 189 e ss.) cita como casos de aparência de direito o tradicional exemplo do:

- 1) herdeiro aparente, este sim, tendo o "erro comum" como fundamento; mas não nos demais casos ou sejam:
- 2) mandato aparente e especialmente "caso de excesso de poderes da parte do mandatário";
- 3) domicílio aparente;
- 4) capacidade aparente;
- 5) casamento putativo.

Nesses casos afirma não ocorrer o "erro comum", mas o verdadeiro fundamento da aparência, ou seja, o "erro escusável" ou "erro legítimo", aliado ao princípio de proteção dos interesses dos terceiros de boa fé.

No Direito italiano, Mariano D'Amelio cita a origem de todo o trabalho doutrinário, embasado na jurisprudência em torno do herdeiro aparente (art. 933 do antigo Código Civil). A partir daí "a jurisprudência da corte suprema se aproveitou de tal norma para proteger situações análogas de direito e para vir em ajuda dos contraentes de boa fé, como parecia exigir a equidade e o bom nome do Direito". Assim, a "extensão da doutrina encontrou defensores e opositores", mas é praticamente, invocada diariamente perante os Tribunais". E em abono dessa afirmação cita alguns casos, com farta jurisprudência, onde o princípio encontra aplicação.

Assim, segundo D'Amélio:

- a) o disposto sobre o herdeiro aparente (art. 933 do Código Civil antigo), enquanto ressalva os direitos adquiridos de terceiro, por efeito de convenção a título oneroso, feita de boa fé, com o herdeiro aparente – não tem caráter de exceção e pode ser invocado para as convenções onerosas estipuladas de boa fé, por terceiro, com o administrador de uma herança jacente ou suspensa, ainda que a nomeação deste venha, posteriormente, ser declarada irregular ou nula;
- b) com base no mesmo artigo e pela mesma razão, considera-se válida a convenção a título oneroso, estipulada por terceiros de boa fé, com o futuro pai de nascituro, como seu "representante".

A partir das extensões iniciais do "herdeiro aparente", constrói a doutrina italiana toda uma teoria a respeito do princípio da aparência que no dizer do mesmo D'Amelio "não se trata (mais) de uma interpretação analógica, mas, antes, do reconhecimento de um princípio que, afirmado por ocasião de regular uma determinada relação, passa a fazer parte do sistema geral, e pode ser invocado para regular outras situações jurídicas". E

em abono dessa tese, cita inúmeros casos, reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, já não mais de extensão analógica do caso particular do “herdeiro aparente”, mas de aplicação de um “verdadeiro princípio, integrado ao sistema geral”:

- 1) a circulação dos títulos de crédito (cit. Messineo, *I titoli di credito*, 1, 26, Pádua);
- 2) a responsabilidade de quem autoriza a alguém a assinar em seu nome (cit. Savatier, in Dalloz, 1924, 2, 11);
- 3) a validade da aquisição feita por terceiro de boa fé e a título oneroso (cit. Esmein, in Sirey, 1921, 1, 313; Laurent, *L'apparence dans le problème des aiialijications juridiques*, Caen, 1931, P 92);
- 4) a validade do pagamento a quem exiba um cheque com firma falsa (cit. Laurent, op. cit., p. 155);
- 5) os efeitos do casamento putativo que, segundo o Código, são aqueles do matrimônio válido (cit. Sotgia, *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma, 1930, p. 9);
- 6) o efeito do mandato comercial, considerado como uma declaração feita à generalidade (cit. Sotgia, op. cit., pp. 115-118);
- 7) os efeitos da inscrição nos registros de comércio e da existência jurídica da figura do comerciante de fato (cit. Sotgia, op. cit., p. 153);
- 8) a justificação das anomalias nas declarações feitas à generalidade (exclusão de impugnação por defeito da vontade, atenuação da capacidade jurídica etc.) (cit. Sotgia, op. cit., pp. 297 e ss.).

E conclui, ainda, o mesmo D'Amelio: “Também é invocado, o mesmo princípio, mas com menor eficácia, a propósito das sociedades comerciais irregulares, no confronto com terceiros” (cit. Salandra, *Le società irregolari nel diritto vigente*, Roma, 1931, p. 48). No mesmo campo das sociedades comerciais, diz ele, o princípio “tem sido, ainda, melhor utilizado para os casos de simulação relativa, sob o princípio de que a boa fé nos contratos, a confiança nas relações sociais, o encadeamento dos negócios comerciais exigem a proteção legal da confiança e da garantia de uma situação aparente julgada, geralmente, como real” (cit. Isoldi, *Soci oceulti e società simulate*).

Falzea, por sua vez, tratando longamente do tema, coloca como típicos casos de aparência principalmente duas situações: a das alienações feitas por herdeiro aparente e a do pagamento feito a credor aparente.

José Luiz de Los Mozos (pp. 265 e ss.) fundando o princípio da aparência na boa fé “com base na confiança que suscita a aparência”, arrola os casos que, no Direito espanhol, teriam particular importância, na relação entre boa fé e a aparência:

- 1) o pagamento de boa fé feito ao credor aparente (art. 1.164, Código Civil);
- 2) a prática de atos realizados pelo mandatário, havendo boa fé deste e dos terceiros, tendo cessado o mandato (art. 1.738, do Código Civil);
- 3) a situação do adquirente de boa fé de coisa permutada, quando aquele com quem permutou perde a sua por evicção (art. 1.540, do Código Civil);
- 4) os efeitos de boa fé de terceiros, diante do exercício da ação pauliana (arts. 1.295-2 e 1.298, do Código Civil);
- 5) os atos de alienação do herdeiro aparente;
- 6) os efeitos do matrimônio putativo (art. 69, do Código Civil);
- 7) os efeitos do negócio jurídico inexistente, perante terceiros de boa fé.

4. Aparência de direito no Direito brasileiro

4.1 Doutrina: evolução e tendências

No Direito brasileiro, entre outros, versaram, mais longamente, o tema da aparência Vicente Ráo, Orlando Gomes e Alípio Silveira.

Segundo o primeiro desses autores (p. 244, § 88), "entre os casos de aparência de direito ou de situação jurídica aparente, estes, além de outros, figuram":

- 1) o domicílio aparente, ou lugar onde for encontrada a pessoa que não tem residência habitual (Código Civil, art. 33);
- 2) para efeitos obrigacionais em relação a terceiros, a separação de fato dos cônjuges, induzindo à crença da inexistência ou cessação da sociedade conjugal;
- 3) a ostentação de vida *more uxorio* pelos concubinos, produzindo, nos terceiros, a convicção de existência de matrimônio;
- 4) a posse do estado de casado para os efeitos indicados pelo art. 203 (não haver prejuízo à prole comum, salvo mediante certidão do registro que prove já ser casado um dos cônjuges quando contraiu o casamento impugnado (arts. 183, n. VI) e 206 (na dúvida, julgar-se-á pelo casamento));
- 5) a posse de estado de filiação (para os fins previstos pelo art. 348 do Código Civil);
- 6) sob certas condições, os efeitos erga omnes dos registros civis de pessoas físicas (no que concerne ao seu estado, capacidade e incapacidade, ausência, morte etc.) e das pessoas jurídicas;
- 7) o pagamento feito de boa fé ao credor aparente (art. 935 do Código Civil);
- 8) efeitos, perante terceiros, do mandato aparente ou do mandato extinto (arts. 1.308 e 1.321 do Código Civil);
- 9) os atos praticados pelo herdeiro aparente e pelo herdeiro excluído (art. 1.600 do Código Civil);
- 10) de certo modo, os atos praticados no exercício da posse dos direitos, quando menos em relação a terceiros, considerada a posse como a exteriorização do direito;
- 11) os atos praticados pelos funcionários de fato, ou perante os funcionários de fato.

Mas, adverte o autor, tais situações ou ato somente constituem verdadeira aparência de direito "quando realizam os requisitos subjetivos e objetivos que esta figura jurídica formam e caracterizam".

O mesmo Vicente Ráo, ainda, aponta outras situações de aparência de direito, no Direito Comercial: os casos do mandato; da sociedade de fato; da sociedade aparente; do sócio aparente; do destinatário aparente das mercadorias; da propriedade aparente de fundo de comércio; das mercadorias postas à venda em estabelecimento do respectivo ramo; dos abusos de gestão; do comissário aparente etc. (p. 246).

Orlando Gomes (pp. 97 e ss.) não examina pormenorizadamente os casos de aparência, parecendo-lhe que o princípio da aparência teria nascido da interpretação analógica do art. 1.600 do Código Civil (herdeiro aparente) e que por extensão da regra excepcional aos demais casos análogos, se formou uma teoria da aparência do direito. Depois de expor toda a sua concepção a respeito da extensão da regra do art. 1.600 aos casos não especificados, diz o mestre da Universidade da Bahia: "É, porém, no terreno do Direito Comercial que a teoria da aparência encontra aplicações mais interessantes, em razão, segundo Calais-Auley, da multiplicidade de exteriorizações, tanto materiais, como legais,

e da dispensa de investigação por força da rapidez dos negócios” (p. 98).

E indica que “o mandato mercantil e a sociedade são contratos que ensejam, pela exteriorização material necessariamente mais visível, situações favoráveis à aplicação da teoria da aparência”.

Assim, é que cita como casos específicos, entre outros:

1) Mandato (nas relações comerciais, com muito maior freqüência e razão, porque tem um caráter permanente e orgânico, como observa Hemard) – “Enquanto no Direito Civil, a outorga de poderes se dá ordinariamente para a prática de atos determinados, que se esgotam, no Direito Comercial, a representação, sob todas as suas formas, nunca se constitui para a realização de atos isolados, senão como pressuposto do exercício de uma atividade profissional. Torna-se mais fácil, desse modo, tomar-se como real o que é aparente” (p. 99).

2) Representação comercial – “A teoria de aparência encontra na prática de atos excessivos por parte de representantes afoitos ou inescrupulosos largo e importante campo de aplicação, merecendo ser aperfeiçoada sua construção” (p. 101).

3) Administradores de sociedades – “Sendo as sociedades pessoas jurídicas, praticam atos por intermédio de seus órgãos, os quais podem não estar constituídos regularmente ou se comporem com limitações de poderes ignorados por terceiros”. “Cumpre distinguir as situações. Primeiramente pode ocorrer a expiração do mandato dos administradores, os quais continuam, não obstante, a administrá-las. É possível, em seguida, que os administradores jamais tenham sido investidos normalmente nos poderes que exercem. A investidura pode resultar, por outro lado, de ato nulo. Por fim administradores legalmente investidos praticam atos que ultrapassam seus poderes” (pp. 101 e 102).

4) Sociedade aparente (irregular ou de fato) – “Quanto terceiros negociam ou simplesmente contratam com uma sociedade que não tem existência legal, ou for constituída por ato nulo” (p. 106).

No Direito Comercial, adverte Orlando Gomes, a ocorrência de situações de aparência é especialmente importante, e muito mais comum do que no Direito Civil, justamente por causa da sua maior formalização e, ao mesmo tempo, pela velocidade de interligamento das relações jurídicas.

“O direito das sociedades prescreve nulidades particulares com apoio em causas que não se manifestam tão visivelmente como as do direito comum. Especialmente as sociedades anônimas se regem por disposições que multiplicam as causas de nulidade, grande número das quais não podem ser percebidas de pronto, pelo menos por aqueles que transacionam com tais sociedades. Sobreleva, nesses casos, a aparência, tendo-se como válidos, em relação a terceiros, os atos nulos que os envolvem, e, ainda mais, considerando-se inatacáveis os fatos consumados” (p. 107).

Estaríamos exatamente diante da situação apontada por Henri Mazeaud, citado por Vicente Ráo (p. 238, nota 65) segundo o qual é “curioso verificar que, voltando às concepções das legislações primitivas, fazemos com que o fundo ceda o passo à forma e a realidade à aparência. A razão – que pode parecer paradoxal – resulta da complicação cada vez maior das relações jurídicas, pois, por não se poder ir até ao fundo das coisas, somos cada vez mais forçados a confiar na aparência: é preciso, sob pena de perturbar a ordem social, que a “aparência razoável do Direito produza, nas relações com terceiros os mesmos efeitos que o próprio Direito produziria” (Demogue, *Notions Fondamentales de Droit Prive*, p. 68)” (Vicente Ráo, citando Henri Mazeaud, “La maxime error communis facit jus”, in *Révue Trim, de Droit Civil*, 23/960).

Por isso mesmo, no dizer de Mário Moacyr Porto “o próprio legislador cede, a cada passo, às injunções da aparência, ao poder retificador das situações de fato, nivelando o ilusório ao real, e, mais que isso, sobrepondo o interesse que resulta do erro escusável ao

interesse que se apóia na lei. A boa fé que decorre do erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supre as nulidades, remove os defeitos, antecipa os prazos da prescrição aquisitiva, consolida o domínio”.

Como exemplo desses casos, na legislação civil brasileira, cita esse autor os arts. 155 (capacidade aparente); 221 (casamento putativo); 551 (usucapião de imóveis); 618 (usucapião de móveis); 935 (pagamento a credor putativo); 968 (aquisição a non domino); 1.321 (atos praticados pelo mandatário, após extinção do mandato) e 1.600 (herdeiro aparente).

Alípio Silveira, após tratar da teoria da aparência, também, como Orlando Gomes, aceitando a tese da aplicação analógica extensiva das normas excepcionais, estuda a “casuística da boa fé no Código Civil e na jurisprudência” (pp. 93 e ss.) começando com os casos de “aparência em nosso Direito”, e cita:

1) o casamento aparente (que desdobra em várias hipóteses, com conseqüências diversas):

a) o concubinato more uxorio;

b) a sociedade conjugal aparente (sociedade conjugal dissolvida, sem a necessária publicidade);

c) o casamento putativo;

2) a sociedade (civil) aparente;

3) a capacidade aparente;

4) a autorização material aparente (ausência de autorização por qualquer dos cônjuges) analisando-a sob dois prismas:

a) regime de bens no casamento e terceiros;

b) a aquiescência tácita do marido e terceiros;

5) o credor aparente ou putativo;

6) o mandatário ou procurador aparente (que distingue do falso);

7) a propriedade aparente: aquisição imediata de bens móveis a non domino (cita os casos de automóveis, título ao portador, bilhetes de loteria, rifas e sorteios: legitimidade aparente);

8) a propriedade aparente quanto aos bens imóveis e

9) herdeiro aparente.

4.2 Casos comumente considerados como fenômeno de aparência na legislação e na doutrina

Nossos civilistas, desde Beviláqua, não trataram diretamente da teoria da aparência do direito, mas, nas suas obras, versaram algumas das figuras típicas, entraram na análise do princípio ou indicaram suas orientações, em diferentes oportunidades.

Apenas como ilustração vejamos alguns exemplos bem significativos:

1) Credor aparente ou putativo (art. 935 do Código Civil).

Washington de Barros Monteiro (vol. 4.º, 1.ª parte, pp. 250 e ss.) ao comentar a regra do art. 934 do Código Civil, nota que o representante do credor pode ser legal, judicial e convencional. Este seria o representante com mandato expresso ou tácito. E “é tácito o

mandato, quando o mandatário se apresenta perante o devedor com o título, que lhe deve ser entregue como quitação. Presume-se que o respectivo portador se acha autorizado pelo credor a receber a dívida e válido se tornará o pagamento a ele efetuado". E cita o julgado na RT 153/630: "Zelador de prédio que dá quitação de alugueis. Validade, porque, no caso, era de presumir tivesse autorização para receber".

Já no caso do art. 935, caso específico do credor putativo, o ilustre professor repete, praticamente, as palavras de Beviláqua: o "credor putativo o aquele que, aos olhos de todos passa por ser o verdadeiro credor, como herdeiro ou legatário aparente", bem como o "cessionário, ainda que a cessão seja posteriormente anulada" (Clóvis, obs. 1 e 2 ao art. 935). "Pagamento efetuado a qualquer deles tem efeito liberatório, se de boa fé o solvente" completa Washington (p. 252) anotando que "assim, já se decidiu ser válido o pagamento feito à viúva do credor, como sucessora ou herdeira deste, uma vez que o devedor não tinha razões para saber da existência de herdeiros (RT 143/669 e 95/375)". Trazendo o ensinamento de Emílio Betti, diz-nos ainda, "que a lei atribui preferência ao devedor, no conflito de interesses com o verdadeiro credor, a fim de melhor tutelar a confiança gerada pela crença errônea numa aparente legitimação" concluindo, com a lição de D'Amélio, de que tratar-se-ia de um "aspecto de aparência do direito" (grifos nossos).

Já Sílvio Rodrigues (vol. 2, pp. 132 e ss.) citando a definição de Planiol diz que "credor putativo é aquele que passa, aos olhos de todos, como o credor, embora não o seja" (grifo nosso). Exemplificando o caso com a figura do "herdeiro aparente", a qual esmiuçadamente explica, conclui: "Ora, se todos tomam o herdeiro aparente como o verdadeiro sucessor do de cujus, é compreensível que os devedores deste também o creiam tal e, no anseio de pagar as próprias dívidas, efetuem, de boa fé, tal pagamento ao credor putativo. Aqui o accipiens não era credor, porque não sendo herdeiro não tinha legitimação para receber. Mas, como as aparências estavam a indicar, veementemente, o contrário, provocando um erro escusável e geral, a lei dá efeito liberatório àquele pagamento, talvez, com base na parêmia error communis facit ius". E, depois de frisar que isso só ocorre no caso da boa fé do solvens, conclui: "em rigor o pagamento não devia gerar qualquer efeito, pois aquele que paga a outra pessoa que não o credor, ou seu representante, paga mal. Mas a solução da lei é outra que, talvez menos lógica, pretende, entretanto, ser mais justa (grifos nossos).

"Aliás aqui, como noutros passos depara-se o legislador ante o conflito entre dois princípios gerais de direito, ambos de alta relevância ambos mercedores de seu beneplácito. De um lado, o princípio de respeito aos contratos e à regra de que o credor tem direito à prestação devida; de outro, o princípio de respeito à boa fé, ou seja, o propósito de prestigiar pessoa que, agindo com todo o critério, foi conduzida, por erro escusável, a uma determinada situação" (grifos nossos).

"Muitas vezes, no conflito entre essas duas soluções, o legislador, embora fuja à lógica do sistema, opta pela última, para dar validade ao ato praticado de boa fé. Isso ocorre, como disse, em várias oportunidades.

"O casamento anulável, ou mesmo nulo, pode gerar todos os efeitos do casamento válido, até a data da sentença, se contraído de boa fé por ambos ou mesmo por um dos cônjuges. É o casamento putativo (Código Civil, art. 221).

"O herdeiro excluído da sucessão não é herdeiro, nem nunca o foi aos olhos do legislador, pois este o considera como se morto fosse (Código Civil, art. 1.599). Ora, se jamais foi herdeiro, jamais teve titularidade de direito sobre os bens do espólio. Não obstante, a lei (Código Civil, art. 1.600) empresta validade às alienações de bens hereditários e aos atos de administração por ele praticados, antes da sentença de exclusão, se a parte que com ele negociou estiver de boa fé".

2) Herdeiro aparente (art. 1.600 do Código Civil).

Ao tratar da figura do herdeiro aparente (vol. 7, pp. 61 e ss.) o mesmo Sílvio Rodrigues depois de defini-lo como "aquele que, embora não tenha tal condição, se apresenta aos olhos de todos como herdeiro, criando a impressão generalizada de ser sucessor do de cujus", coloca o problema "de saber se se deve ou não considerar o excluído por indignidade como herdeiro aparente", notando que muitos autores não o consideram "pois, antes da sentença de exclusão, é herdeiro, e por conseguinte, proprietário dos bens de que porventura dispõe, de sorte que as alienações que acaso efetua não constituem transferência a non domino" como os demais casos de herdeiros legítimos que, por razões supervenientes, vêm a perder essa qualidade.

Sua posição é diferente, no entanto, reconhecendo validade aos atos praticados pelo herdeiro excluído, em razão do princípio da aparência: "Em rigor, a sentença de exclusão retroage para todos os demais efeitos, exceto para invalidar os atos de disposição praticados pelo indigno. E, se a retroação do julgado não alcança estes últimos atos, isso não se dá por entender o legislador que o indigno, no ato de vender, é legítimo proprietário, mas sim em respeito à boa fé dos adquirentes que, fiados na aparência, não podiam antever a futura exclusão do ingrato, e, portanto, ludibriados por um erro comum e invencível, acreditaram estar adquirindo os bens hereditários do verdadeiro dono (grifo nosso).

"Ora, essa é a idéia que inspira todos aqueles que, modernamente, sustentam a validade dos atos praticados pelo herdeiro aparente.

"Ninguém nega, em boa lógica, a tese de que o herdeiro aparente, ao ser vencido na ação de petição de herança, deixa de ter qualquer título sobre o espólio, de modo que as alienações por ele praticadas, em rigor, são de nenhuma eficácia. Todavia, como apontam Planiol e Ripert (op. cit., vol. IV, ns. 345 e 346), as decisões jurisprudenciais que estabelecem exceção à regra lógica se fundam no erro invencível que envolve os adquirentes de boa fé (grifo nosso), que não encontram qualquer meio de se defender. Este é, segundo a lição dos ilustres mestres, um dos casos em que se deve aplicar o velho brocardo erro communis facit jus".

Tal a lição de Beviláqua (obs. ao art. 1.600), com base na qual, conclui Sílvio Rodrigues "por analogia, estende-se aos demais casos de sucessão aparente a regra do art. 1.600 do Código Civil pois ubi eadem ratio, idem jus".

No mesmo sentido Orlando Gomes (Sucessões, p. 53): "em face de terceiros, conserva a figura de herdeiro aparente, sendo válidas as alienações de bens hereditários anteriores à sentença declaratória da indignidade".

Não é porém a opinião de Washington (vol. 6, pp. 75 e ss.) para quem "em face da nossa lei, inexistente a figura do herdeiro aparente, salvo a mencionada hipótese do art. 1.600", completando, adiante: "não há lugar em nossa lei para o herdeiro aparente, que se conduz como tal, mas, juridicamente, nenhum direito tem sobre os bens da sucessão".

Paradoxalmente, no entanto, o problema se coloca: "Pode surgir, todavia, e surge realmente com certa freqüência esta questão: serão válidas, deverão subsistir, em detrimento do herdeiro real, alienações e hipotecas feitas pelo herdeiro aparente?

"Quanto ao excluído por indignidade, já vimos a resposta. No tocante, porém, aos demais casos de herdeiros aparentes, duas correntes doutrinárias vieram a constituir-se. Para a primeira, aqueles atos não podem prevalecer, porque ninguém pode transferir direitos que não tem (nemo plus jûris in alium tranferre potest quam ipse habet ou nemo dat quod non habet). Só o dono pode alienar; só a quem pode alienar se permite hipotecar. Imola-se assim o direito de terceiros em homenagem ao direito de propriedade do herdeiro real.

"A segunda corrente, no entanto, inspirada em considerações de ordem prática,

alicerçada na eqüidade e fundada na máxima *error communis facit jus*, inclina-se pela solução oposta e no conflito entre a boa fé e o domínio prefere sacrificar o segundo. As necessidades do crédito, afirma Crémieu, exigem que os terceiros, que se fiaram em determinada aparência, não sejam enganados. Se essa aparência não corresponde à realidade, tanto pior para o verdadeiro proprietário. Terá este de suportar as conseqüências do risco que lhe é imposto por todos, no interesse superior da coletividade.

“Tal problema constitui autêntica *vexata quaestio* em nosso Direito. Há quem procure resolvê-lo à luz do art. 1.600. De acordo com esse entender, sendo a mesma a *ratio legis* entre as duas situações, impõe-se idêntica solução.

“Outros, no entanto, mais ortodoxos, afiançam que dito preceito é de cunho excepcional; excluído o herdeiro por indignidade, válidas serão as alienações e as constituições de ônus, efetuadas antes da sentença. A ineficácia só opera *ex nunc* (Código Civil, art. 648) e válidos são os atos praticados pelo herdeiro excluído, até o momento da exclusão.

“Mas, tal regra não se aplica aos demais herdeiros aparentes. Devido ao seu caráter especial, ela não comporta aplicação por analogia ou por argumento *a pari*. Em tais condições, desvendada a falsa aparência do suposto herdeiro, caem alienações e ônus por ele realizados ou constituídos anteriormente. A sentença, nesse caso, opera *ex tunc*, isto é, com força retroativa. Essa a orientação que tem prevalecido na jurisprudência dos nossos tribunais” (cita em abono da sua tese RF 113/68 e 116/430; RT 146/272 e 150/672; em contrário RT 138/631, 282/252 e 325/191).

Várias outras figuras são apontadas como casos de aparência de direito. Mas por esses dois exemplos, tidos unanimemente pelos autores como típicos casos da aplicação do princípio da aparência, já se vê que a matéria não é pacífica na doutrina, que tem vacilado não apenas quanto à aceitação do princípio da aparência, mas, ainda mais, quanto ao seu fundamento.

4.3 Na jurisprudência

Na jurisprudência não é menor a vacilação ainda que como o disse D’Amélio – a teoria da aparência “praticamente *venne invocata ogni giorno avanti i Tribunali*”.

Conforme afirma Falzea “como costuma acontecer em casos semelhantes, no primeiro entusiasmo pela nova teoria, não se encaminhou muito sutilmente: não houve preocupação de controlar a possibilidade de transposição de um princípio elaborado em um dado sistema para um sistema diverso e se acreditou encontrar aplicação desse princípio nos mais diversos campos e nos mais diversos institutos: da posse aos títulos de crédito, dos atos de publicidade ao matrimônio, dos atos de fé pública às sociedades comerciais”.

Assim, também, entre nós. A jurisprudência, além de vacilante na aceitação e na fundamentação do princípio da aparência, ainda se mantém titubeante quanto aos campos de aplicação.

Além de vasta jurisprudência citada por Alípio Silveira e Mário Moacyr Porto, e sem falar das citações de Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro etc, pudemos alinhar alguns casos recentes de julgados em que o princípio da aparência é invocado em matéria as mais variadas, inclusive títulos de crédito e responsabilidade civil:

- Cambial – Emissão por sociedade comercial, contrariamente ao permitido pelos estatutos – obrigação válida, entretanto, perante terceiro de boa fé (RT 450/213).
- Sociedade comercial – Responsabilidade limitada – Obrigação assumida por um sócio apenas – violação de contrato – irrelevância perante terceiros – Ação de cobrança procedente (RT 452/69).

– Sociedade comercial – Obrigação assumida por diretor empossado ilegítimamente – Irrelevância perante terceiros – Pagamento devido.

“As regras da aparência se aplicam às sociedades mormente quando o falso gerente ou diretor se comporta aos olhos de todos e para com terceiros, como se exercesse o cargo por título legítimo” (RT 458/133).

– Sociedade comercial – Sócios gerentes – Alteração contratual para ingressos de novos sócios não levada a registro. Os novos sócios gerentes têm legitimidade para serem citados em pedido de falência da sociedade (RJTJRJ 36/52).

– Abuso de função – Aparência – Segundo a teoria da aparência, a responsabilidade do comitente só se configura quando a vítima acredita honestamente que o preposto estava no exercício de suas funções (RJTJRJ 37/130).

– Responsabilidade civil – Teoria da aparência.

Do proponente por ato de preposto. Não responde o comitente pelos atos ilícitos de seus prepostos que causam danos a terceiros, se praticados fora do exercício de suas funções, salvo se o dano ocorreu pelo uso de coisa perigosa, sobre a qual o comitente tinha o dever de vigilância. Só se responsabiliza o empregador com apoio na teoria da aparência se as circunstâncias permitiam a persuasão de que o empregado agia autorizado por aquele que para isso contribuiu por ação ou omissão (RJTJRJ 36/111).

5. Doutrinas sobre a eficácia da aparência de direito – seus fundamentos

5.1 Extremos: negação total e “aparência é tudo”

Aceita a teoria da aparência de direito, e recebida em escala diversa pelos sistemas jurídicos dos vários países, muitas, também, foram as fórmulas propostas para reconhecer o fundamento jurídico de sua eficácia.

Inicialmente, é preciso que se diga, ainda resta uma considerável parcela de juristas que não reconhecem à aparência qualquer valor, como teoria, negando, pura e simplesmente, a possibilidade de a realidade ser substituída pela aparência. Vicente Ráo (p. 234) cita Vergé e Ripert (in Rep. Droit Civil, Dalloz, 1951, vb. apparence) que “resumem as principais objeções opostas à teoria da aparência de Direito, por diversos autores, entre os quais figura Laurent (Principes, vol. 13, n. 281), que diz: “le droit est l’expression de la vie éternelle; comment l’erreur pour-rait’elle être assimilée à la vérité”?

Outros a condenam e não a aceitam porque ela “atenta contra a liberdade de consentimento, forçando o verdadeiro titular a respeitar uma operação realizada em seu prejuízo e sem o concurso de sua vontade”, ou porque, nos casos de alienações a non domino feriria um princípio de direito considerado como dos mais gerais (cf. Limongi, Brocardos Jurídicos, p. 73, nota 27) a saber: Nemo plus júris ad alium transferre potest, quam ipse haberet (D. 50, 17, 54) ou, no mesmo sentido, id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferre non potest (D. 50, 17, 11) (Limongi, ob. cit.). Seria, segundo resume o Prof. Vicente Ráo, “a consagração do triunfo do fato sobre o direito”.

Desse extremo negativista podemos passar ao extremo oposto com a concepção nascida na doutrina alemã, onde, segundo D’Amelio “i più audaci sestentori della dottrina sono pronti ad affermare che Rechtsschein ist alles”.

Não muito longe está a criação do francês Emmanuel Levy que afirma que o “direito é o que nós acreditamos que seja o direito” (Ráo, p. 239, nota 66) ou que “a crença do direito engendra o direito” (Alípio, p. 91) o que levou Georges Ripert a afirmar: “tomando a sério tais fórmulas chega-se a embasai o direito sobre a crença geral, ou seja – e por uma singular perversão do espírito – a verdade sobre o erro comum (apud Ráo, loc. cit.), Jean Dabin (apud Alípio, loc. cit.) observa que “certamente, o sistema

jurídico não vai ao ponto de sustentar que “os direitos não são senão crenças”, de tal modo que bastaria crer em seu direito (mesmo razoavelmente e com justos motivos) para que, sem mais, a regra jurídica consagre e sancione este título putativo”.

5.2 Países da “common law”: “principles of equity”

Aos países da common law não foi difícil aceitar a aparência como um princípio de equidade, uma vez, que, importando a justiça aplicada ao caso concreto, os possíveis casos de aparência, surgidos no sistema, passaram a ser examinados à luz desses princípios. “O Direito anglo-americano o praticou e observou como regra da equity” (Ráo, p. 234). No mesmo sentido Falzea (“nos países da common law foi possível reduzi-la aos principles of equity) citando J. Esser (grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, 1956, 315).

5.3. Doutrina germânica: princípio da publicização

Foi no Direito germânico que nasceu a primeira formulação do princípio da aparência de direito. Segundo De Los Mozos “de um lado, a aparência desenvolve no formalismo próprio dos sistemas jurídicos primitivos, e, pelo que respeita a nossa cultura jurídica, basta, recordar assim seu desenvolvimento no Direito germânico primitivo e, ainda medieval”. Mas a partir do momento em que o Direito das nações européias passa a receber, quase integralmente, a influência do Direito romano, com sua superioridade técnica, “o germanismo parecerá liquidado (...) ainda que a tradição jurídica germânica permaneça viva e aguarde sua hora”. Assim, segundo esse autor: “Quando vem a ter lugar a elaboração científica do Direito, modernamente, no século XIX, todos aqueles campos, objeto da especulação científica, que se não tenham desenvolvido no pandectismo, serão objeto preferente da germanística”. Por isso, diz, “nada de extraño, que sea O. v. Gierke, uni germanista, uno de los epígonos del desarrollo moderno de la doctrina de la apariencia con su formulación de la tesis de la legitimación formal, haciendo aplicación al campo de la adquisición de los derechos reales” (pp. 262 e 263).

Com efeito, segundo Orlando Gomes (p. 96) a teoria alemã “vincula a aparência ao princípio geral da publicidade. 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 direito”. De acordo com esse entendimento qualquer título formal, de fé pública ou mesmo particular, fundamentaria a proteção do terceiro, que fundou sua atuação na confiança que esse título lhe inspirou.

Falzea no-lo confirma: “Na doutrina alemã (v. Oertmann, p. 443) desde as primeiras intermináveis discussões, e as conseqüentes disparidades profundas de ponto de vista, foi sempre mais se afirmando a idéia de jungir a aparência a um princípio geral de publicidade (Publizitätsprinzip) inspirado na exigência de tutelar a fé pública”. E completa: “o princípio abarca todos os casos em que um ato realizado por um terceiro com um sujeito que não é o titular de direito é igualmente eficaz, como se o fosse com o titular, porque um título de investidura formal do sujeito cria uma situação de garantia do terceiro”, esclarecendo que essa “investidura formal num direito subjetivo, que na realidade não existe”, se dá em várias hipóteses: na posse, pelos instrumentos de fé pública, “relativos às várias figuras de publicidade” etc.

Dessa forma segundo Falzea, ao qual também se reporta Orlando Gomes o pressuposto de tutela do terceiro sempre está em que “l’affidamento sia giustificato da un titolo formale, al quale, infine, fa capo l’apparenza del diritto; questa pertanto, indica null’altro che l’operare dei fenomeni formali – per ragioni di affidamento – anche quando la situazione giuridica de esi formalmente assunta non esista nella realtà”. Assim a idéia de aparência se coloca ligada essencialmente com a do formalismo, tanto que até mesmo a posse é configurada como “título formal de investidura”, entendida, exatamente, como um título de legitimação, ao lado dos documentos privados, a partir da classificação da boa fé crença (Natürliche äussere Tatbestände) ou os registros de fé pública e os documentos formais de pública fé (Künstliche äussere Tatbestände).

Conforme, ainda, Enneccerus, citado por Ráo (pp. 234 e 235) razões de segurança do tráfico são suficientes para modificar o princípio de que “se o direito, apesar da aparência, não existe na realidade, é claro que não pode produzir as conseqüências normalmente resultantes de tal direito”. Essas exceções “oriundas de princípios do Direito alemão, em que o ordenamento jurídico protege a confiança nos fatos exteriores” em determinadas circunstâncias “quando a boa fé se apóia sobre bases de fato concretamente determinadas (por exemplo, posse, inscrição em registro, documentos, notificação, situação jurídica até então verdadeira)”.

5.4 Doutrina francesa: o “error communis”

Já o Direito francês buscou, inicialmente, o fundamento para o reconhecimento do paradoxal princípio da aparência na máxima *error communis facit ius*. Segundo Orlando Gomes (p. 97), invocando a informação dos Mazeaud “tal princípio se inspira em numerosos textos legislativos, podendo-se afirmar pois, que “uma aparência, contanto que seja muito séria, pode validar atos praticados sem direito”. Por isso, segundo os mesmos autores franceses, a jurisprudência “s’attache de plus en plus à l’apparence”, alargando, nesta matéria, o campo de aplicação da aludida máxima” (cf. Ráo, p. 238).

Segundo vimos, para o Prof. Washington de Barros Monteiro, apoiado em Planiol e Ripert, os casos de aparência são “casos em que se deve aplicar o velho brocardo *error communis facit jus* (p. 63, ob. cit.). Apesar de antiga a máxima foi introduzida pelos glosadores, não constituindo, própria e verdadeiramente um princípio geral de direito, não sendo, pois, pacificamente aceito.

Segundo o vetusto Pereira e Souza (verb. “erro”) “he máxima seguida no Foro, que o erro *commum* faz direito”. Esta máxima foi introduzida em razão do interesse público, que não permite “oppor a alguém hum erro em que cahio a maior parte daquelles que tinhaõ interesse de saber hum factõ, que com tudo ignoravaõ”.

Segundo o entendimento da doutrina francesa, a partir da experiência jurisprudencial, as situações em que existe um erro comum, ou seja, quando todos, ou pelo menos a grande maioria das pessoas de conhecimento e compreensão normais, incidem no errado entendimento de determinada situação, ocorreria uma “criação do direito” decorrente desse erro a que todos foram induzidos.

Essa posição inicial da doutrina francesa – a partir da máxima de criação da glosa – “nascida do espírito e não da letra dos textos romanos” (Ráo, p. 239), e que é a aplicação genérica do princípio da equidade, já existente no Direito romano – equivale “ao saneamento de atos praticados, por erro comum, em contraste com alguma regra de direito, quer de erro de fato se trate, quer de erro de direito” (Ráo, p. 241).

Seria preciso que o erro fosse invencível, “que não o houvesse podido evitar quem nele incide” diz-nos Ráo, com base na lição de Henri Mazeaud. Mas, completa, é preciso principalmente “que a noção errônea seja admitida, se não pela totalidade, quando menos, pela generalidade ou maior número de pessoas, assumindo como que o caráter de erro coletivo”. E explica o mestre: “não é, pois, a boa fé de certa ou certas pessoas, mas a boa fé coletiva, que a aplicação dessa máxima abona e justifica” (p. 241).

Por isso mesmo Demogue, citado por De La Batie, não hesita em falar da aparência como aquilo onde “on a puvoir une “sorte de bonne foi collective” (Demogue, *Traité des obligations en général*, t. L, n. 218) (citado por De La Batie, p. 184, nota 3).

A doutrina francesa mais recente, no entanto, vem abandonando a tese do *error communis* para se fixar, por variadas razões, na tese do erro escusável, como adiante veremos. Assim o diz De La Batie, citando Calais-Auloy, Lescot e Léauté, especialmente nas suas aplicações no Direito Comercial, condenando a subjetividade do critério da teoria do “erro comum” como fundamento da aparência, tendendo para um critério mais objetivo.

5.5 Doutrina italiana: a analogia e a construção doutrinária

Aqueles que primeiro buscaram esse critério objetivo para o fundamento do princípio da aparência, foram, sem dúvida, os autores italianos entre os quais, especialmente, Falzea e D'Amelio.

Falzea, principalmente, em Seu estudo sobre a matéria, refuta, inicialmente, a teoria alemã, baseada no princípio da publicidade, em primeiro lugar porque: ele não se compadece com os sistemas romanísticos, e, principalmente, porque, salvo os casos tidos justamente como exceção ao sistema germânico (herdeiro aparente, credor aparente, mandato etc.), os demais tem sua legitimação em institutos de formalização ou de fé pública, ou ainda, não se tratam de verdadeiros casos de aparência. Diz ele: "Certamente a publicidade, os atos de fé pública e outras figuras do mesmo tipo tendem a realizar a tutela do mesmo sistema de interesses que o Direito pretende garantir com a teoria da aparência. Mas os modos de tutela jurídica, nas duas categorias de fenômenos, são radicalmente diversos. O formalismo, enquanto se manifesta em estrutura rígida e tipificada, atua uma tutela do terceiro mais intensa, dispensando uma justificação específica de sua conduta sempre que se possa referir ao conteúdo do documento formal; de modo particular, essa tutela não encontra nenhum limite no conhecimento que ele tinha da deformidade da situação jurídica real, resultante do documento formal, ou encontre um limite tão-somente negativo, quando concorre, da parte de terceiro, um entendimento doloso ou um estado de má fé.

Ao contrário, a aparência, no sistema italiano (e nos sistemas romanísticos, de modo geral, não excessivamente formalizados) resulta justamente da falta de um documento ou título formal, e nesse caso é invocada numa "situação de boa fé, especialmente justificada por uma situação de fato objetivamente capaz de levar ao erro qualquer terceiro". Essa é, insiste Falzea, justamente a razão específica de sua utilidade.

Por outro lado, ensina o mesmo autor, a máxima *error communis facit jus* não serve para a legitimação da situação aparente porque ela pressupõe que o erro em que incidiu o terceiro, cujo interesse vem a ser tutelado com a invocação desse princípio, seja um "erro comum", ou "geral", no sentido de que todas as pessoas, ou pelo menos a generalidade delas, incidiriam nesse erro. Ora, não é o que uscede. Em primeiro lugar, como veremos adiante, não é necessário, para a configuração do fenômeno da aparência que haja um erro comum, geral, como a jurisprudência francesa o definiu, ou seja "referido a um dado puramente estatístico, que poderá ser oposto até mesmo aqueles que se tenham conduzido de maneira honesta e razoável (um homem avisado se estiver mal colocado para se informar, pode cair num erro que não será absolutamente comum)" (cf. a opinião De La Batie, p. 191).

Da mesma forma Mariano D'Amelio refuta a doutrina francesa do *error communis* que, segundo diz, "é a opinião errada da coletividade, é a convicção generalizada por força da qual todos aceitam que o estado de fato corresponda ao estado de direito. Constituída essa mesma opinião geral, é ela própria que leva a engano as pessoas de boa fé, independentemente do comportamento das pessoas às quais o erro se refere. Na aparência de direito, ao contrário, importa principalmente esse comportamento, que é a causa do engano do terceiro". E mostrando que nesse caso a questão seria puramente subjetiva, e não objetiva, conclui: "se a opinião pública está em erro, esta cria o direito e a opinião individual não pode reagir contra aquela generalidade, constitutiva de uma legalidade, que passa a ser respeitada; ao passo que na aparência de direito, se a sagacidade do terceiro e sua informação o tenham advertido do engano, ele não está mais em condições de poder invocar a aparência, ainda que outros, contemporaneamente, a possam invocar" (p. 717, l.a col.). Tem razão, pois, Vicente Ráo ao afirmar, reportando-se ao mesmo D'Amelio, que "na aparência é a situação de cada um (e não a opinião geral) o elemento que assume a importância maior e deve, conseqüentemente, ser examinada atendendo-se às peculiaridades de cada caso". E conclui: "os requisitos da aparência são bem diversos dos exigidos para a aplicação da máxima *error communis* a qual, advirta-se, não consegue explicar todas as espécies de

aparência" (p. 242).

Superada as concepções do formalismo germânico ou a fundamentação da legalidade a partir do erro comum, a doutrina italiana buscou de várias maneiras construir o fundamento verdadeiro do princípio da aparência de direito. Enquanto D'Amelio se deteve mais no exame das situações concretas e justificando com a analogia extensiva dos casos particulares aos gerais, Falzea examinou longamente os vários aspectos da aparência, concluindo que a figura da aparência é uma espécie de fato complexa, um conjunto de elementos, que implicam "numa relação em que um fenômeno, materialmente presente e imediatamente real, faz aparecer ou manifesta um outro fenômeno, não materialmente presente não imediatamente real". Mas, "enquanto a situação manifestante pode ser constituída de um fato qualquer, a situação manifestada (que aparece, mas não é real) é constituída, necessariamente, por uma situação jurídica, normalmente pela titularidade de um direito subjetivo".

Observe-se no entanto, que também não é apenas na titularidade aparente que se esgota o fenômeno da aparência, visto como as teorias que buscam sua justificação nessa titularidade aparente, pressupõem "a presença de um titular verdadeiro e de um titular aparente relativamente a um direito que na realidade não existe – ao passo que a aparência também pode configurar-se por exemplo, no momento constitutivo dos direitos, através dos atos praticados por autoridades, funcionários, ou oficiais públicos investidos ilegalmente em seus cargos, ou que seus cargos ocupam apenas de fato, bem como através de atos públicos formais inexatos (como registros constitutivos etc.) e, mesmo, através de atos que recaem sobre "direitos imaginários" que, enquanto circulam, produzem, em seus giros sucessivos, obrigações e direitos" (Ráo, p. 242).

6. Natureza jurídica da aparência de direito

6.1 Análise e características do fenômeno

Uma das razões fundamentais da importância atribuída ao fenômeno da aparência, segundo Falzea, está no fato de que "à realidade jurídica escapa normalmente a possibilidade de uma averiguação segura e requer comumente indagações longas e complexas". Por isso, normalmente, o princípio é chamado a socorrer e disciplinar, justamente, aqueles casos nos quais essa averiguação e essa busca apresente maiores dificuldades ou mesmo impossibilidade.

Assim, conforme nos diz Orlando Gomes (citando Calais-Auloy) os casos realmente importantes, são aqueles de "exteriorização material nos quais não existe 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" (p. 99).

Ora, essas situações, de várias espécies, apresentam-se, de um modo geral com características muito típicas, em que a situação de fato e a situação jurídica, diferentes, e até mesmo conflitantes, se superpõem, dando nascimento a uma situação que envolve aspectos diversos de algumas figuras bem específicas, como o erro e a boa fé, mas não se prende, exclusivamente, aos seus limites. São situações aparentes, em que, no dizer de Orlando Gomes "devem os terceiros merecer proteção, exigindo-se, apenas, que seu erro, como frisa Calais-Auloy, provenha de circunstâncias tais que teriam podido enganar o indivíduo médio. A aparência, em tais casos, substitui a realidade, e o mecanismo de defesa dos interesses de terceiros move-se sob o impulso de uma noção que, nos dias correntes, se torna indispensável à solução de importantes questões, sobretudo no campo do Direito Comercial" (p. 107).

Mas, antes de qualquer outra consideração, "é necessário distinguir a aparência, enquanto objetiva, do erro que é subjetivo; é portanto necessário ter presente o íntimo nexos que ocorre entre os dois fenômenos, nexos de fato notável em todos os casos de aparência" (Falzea, p. 686).

Este autor estabelece bem nitidamente a diferença essencial entre o primeiro elemento da complexa figura da aparência, ou seja, a diversidade e mesmo, a oposição entre o fenômeno manifestante e o fenômeno manifestado.

Segundo seu ensinamento, o conceito objetivo de manifestação, é familiar ao jurista, que o emprega na teoria do negócio jurídico: nele se distingue, bem precisamente, a vontade (ou melhor, a volição), que é um fato subjetivo e individual, de sua manifestação, que é, ao contrário, um fato apreensível socialmente.

“Muito menos familiar à atual ciência jurídica é, no entanto, um outro conceito, fundamental até mesmo para a teoria do negócio jurídico. A objetividade da manifestação não se limita à sua mera exterioridade e materialidade (note-se que, em geral, objetividade não equivale a materialidade). Não só é preciso distinguir do aparecer subjetivo a manifestação objetiva, mas é preciso, ainda, distinguir, por sua vez, dois momentos da manifestação, ambos objetivos, mas não igualmente materiais.

“Assim, no fundo, a manifestação objetiva se apóia sempre sobre uma realidade que não é mais necessariamente material: a realidade de um fato social humano e, mais especificamente, de uma relação de significação apreciável socialmente, que é, muitas vezes, subtraída à apreciação individual.

“Deve-se afirmar, assim, que, a relação pela qual um fenômeno manifesta objetivamente um outro fenômeno, não é outra se não essa relação de significação social, uma relação por força da qual o primeiro fenômeno significa socialmente o segundo fenômeno, isto é, o faz aparecer num campo de realidade social.

“Ora, em toda relação de significação pode-se distinguir um sinal material e um significado imaterial. O sinal material é precisamente o fenômeno significante ou manifestante; o sinal imaterial é o fenômeno significado ou manifestado. No fato objetivo da manifestação é preciso, portanto, distinguir dois aspectos: o objetivo-material (o fenômeno manifestante) e objetivo-imaterial (o fenômeno manifestado)”.

Segundo, ainda, a lição de Falzea, no gênero “manifestação” pode-se “distinguir a manifestação em sentido estrito, que é o comportamento univocamente, orientado segundo um certo programa prático (por exemplo, a pro herede gestio) e a declaração, que é um fato da linguagem, escrito, oral ou mímico (por exemplo, a aceitação expressa da herança)”.

Tendo esclarecido que a manifestação em sentido geral, numa acepção lata, consiste na relação socialmente apreensível ou apreciável, busca, o autor, a diferença última entre “manifestação em sentido estrito” e a “declaração”, comparando os dois conceitos com conceitos correntes em semântica, ou sejam o de símbolo e o de sinal.

Segundo esse entendimento o signo, ou fenômeno manifestante (e portanto objetivo, ainda que não necessariamente material) significa um fenômeno manifestado (e, portanto, subjetivo e imaterial), através de duas formas: ou de um símbolo, ou seja, segunda deixa “evocar a estrutura ideal do fenômeno significado”, ou por um sinal, quando permite inferir a própria realidade.

Assim, no gênero manifestação, fato objetivo, socialmente apreciável, encontramos duas espécies de realização: a declaração – ou uma significação por símbolo, que se limita a evocar a estrutura ideal do fenômeno significado, através de um ato de linguagem escrita, oral ou até mímica. Assim, através de meios puramente ideais ou simbólicos (*verbis ver scriptis*) a manifestação se exterioriza.

A outra espécie é a manifestação em sentido estrito, ou a significação através de sinais, que permitem inferir a realidade manifestada, por meio de ações ou de todo um comportamento, inequivocamente orientado para determinado fim, através dos quais o sujeito manifesta, por atos práticos e concretos (*rebus ipsis ac jactis*), sua intenção.

Do primeiro caso Falzea dá como exemplo a aceitação expressa de herança (por meio de palavras, de escritos ou até de gestos mímicos). Do segundo o exemplo seria a pro herede gestio, em que o indivíduo, sem se manifestar expressamente, age, contudo, ostensivamente, praticando atos pelos quais se infere sua intenção.

Segundo Falzea, esta manifestação por sinais exteriores, muito mais do que a declaração simbólica, é vizinha à realidade: "mas nem por isso o fenômeno manifestado é necessariamente real; os sinais podem ser falsos e conclui: "a aparência é precisamente, uma falsa sinalização da realidade".

6.2 Fundamentos jurídicos

Podemos, agora tentar descrever e dar um conceito mais preciso da 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 (cf. Falzea).

Assim é que Falzea define a aparência "entendida objetivamente" como "l'apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica".

6.3 Aparência e boa fé

Segundo De La Batie (p. 184) "para determinar se aquele, que acreditou falsamente na existência de uma situação jurídica, poderá se prevalecer de certos efeitos que essa situação, tenha produzido", o direito se refere, segundo o caso, "seja ao simples critério da boa fé, seja, por outro lado, ao da aparência". Pode parecer que essas noções sejam extremamente semelhantes. Mas como nota esse mesmo autor, "de um lado, com efeito, não seria inconcebível que o benefício da boa fé fosse subordinado a um mínimo de aparência objetiva". De outro lado é preciso observar que, sendo freqüentemente a situação solucionada pela jurisprudência – e não pela legislação – os tribunais têm optado por um critério que deve lançar mão de noções que envolvem a boa fé como standard jurídico, exigindo, conforme o caso, maior ou menor diligência ou perspicácia para caracterizá-la.

Nesse caso poderíamos encontrar aquela boa fé que no dizer de Alípio Silveira (p. 61) é "supridora de nulidades, integradora de capacidades e saneadora de vícios; trata-se de um princípio de equidade e humanidade, que opera tanto às mãos dos legisladores como dos juizes". Tanto é assim que, afirma, com Virgílio de Sá Pereira, citando-o, que "é ela que valida, para todos os efeitos, o casamento nulo (Código Civil, art. 221), faz do detentor possuidor (arts. 490 e 491), do possuidor proprietário (arts. 551 e 618) a exonerar da dívida o que pagou a outrem, que não o credor (art. 935) (in Revista de Direito 54/498)".

Sob esse aspecto, da "boa fé crença", vários autores tratam do tema da aparência, entre os quais o próprio Alípio Silveira, De Los Mozos e De La Batie, em parte.

De Los Mozos fala na aplicação da "boa fé com base na confiança que suscita a aparência" como solução para os casos dados como de aparência de direito já citados anteriormente (v. parte 3.2).

Já De La Batie, apreciando a solução dada aos casos de conflitos entre "a situação verossimilhante e de suspeita", explica que quando o direito pretende proteger aqueles que tenham tido uma visão inexata da realidade jurídica – "fazendo essa crença errônea produzir efeito" – é de preferência ao critério da boa fé que recorre. Mas como o critério é essencialmente subjetivo, "muitas vezes se utiliza de um critério puramente material,

que não requer nenhuma apreciação psicológica” e nesse caso “foi sempre à noção de aparência propriamente dita – quer dizer, entendida abstratamente que foi tomada como critério” (p. 188).

Ora a boa fé é um princípio eminentemente subjetivo. Quer seja considerada como a “boa fé crença”, onde “o erro ou ignorância são os pressupostos da convicção ou crença da legalidade ou validade do ato ou da conduta humana” e onde o “erro ou ignorância são apenas os pressupostos psicológicos desta crença” (Alípio, p. 7); quer seja considerada como “a lealdade, a honestidade ou probidade” cujo elemento, ético por excelência, “pode ser conceituado como a consciência ou intenção de não prejudicar a outrem ou de não fraudar a lei” (Alípio, p. 8).

Ambos os conceitos são decorrentes e simultâneos pois, como já a definia Pereira e Souza (vbt. Boa Fé), boa fé “quer dizer tenção pura (seria o caso da boa fé lealdade) isenta de dolo, ou engano” (no caso a boa fé crença), completando: “a boa fé he a alma do commercio, que não pode subsistir sem ella”. Por isso mesmo a boa fé atua de modo essencialmente subjetivo, não sendo reconhecida se não por contraste com os chamados vícios ou defeitos dos atos jurídicos – o dolo, o erro, a coação, a fraude e a simulação (cf. Limongi, Manual, vol. I, p. 297; Clóvis, Teoria Geral, p. 216).

Essa apreciação subjetiva ou, como prefere De La Batie, in concreto, faz com que a boa fé crença (é claro que apesar de decorrente, não bastaria, no caso, a boa fé lealdade para a validação de atos jurídicos viciados) seja invocada e estudada em cada caso particular, com uma apreciação da situação concreta, e das circunstâncias que cercam o fato e o agente, com todas as dificuldades de provas e contra toda a inércia do ordenamento.

A boa fé crença é, por si, princípio suficiente para a validação de grande parte dos atos jurídicos defeituosos, cujo valor só se alcança através do recurso a esse princípio. Mas, por ser extremamente subjetiva, devendo ser caracterizada em cada situação concreta a boa fé crença nem sempre chega a ser validamente invocada no saneamento dos atos jurídicos.

Cada vez mais, diante da rapidez dos negócios e da aceleração do tráfico jurídico, o recurso à boa fé crença tende a ser mais problemático, pelas dificuldades de exame das circunstâncias de caso por caso, de peso da prova etc. Por isso, cada vez mais, o direito tende a conceder ao conceito de boa fé crença uma apreciação mais larga e menos concreta, aceitando a existência de situações em que, ao contrário de o interessado dever provar a boa fé, esta se presume e pode validar os atos praticados com defeito ou viciosamente, pelo recurso a uma apreciação em abstrato, qual seja, o princípio da aparência de direito.

Note-se, contudo, como o faz Falzea, que a boa fé crença não é o fundamento jurídico do princípio da aparência de direito, apesar da extrema semelhança de atuação. Na verdade, diz ele, “não é concebível um poder que se dissolve quando se coloca um confronto com um sujeito de má fé, do mesmo modo como é inconcebível uma legitimação condicionada a um fato subjetivo de pessoa diversa do pretense legitimado” (ob. cit., nota 40). E conclui: “sob o plano jurídico positivo é absurda a noção de um poder ou de uma faculdade cujo exercício é condicionado à existência de um determinado estado subjetivo de outra pessoa – a boa fé do terceiro. Poder ou faculdade que, acrescente-se, seria conferido não no interesse do seu pretense titular, mas no interesse do terceiro”.

Assim, a boa fé crença seria, apenas, um dos requisitos apontados como essenciais ao reconhecimento da aparência. Possivelmente pela já citada aproximação dos dois princípios – e pelo fato de ambos se assentarem num outro elemento comum – o erro – é que, a boa fé foi confundida por muitos autores com a aparência – especialmente por aqueles que consideraram esta última como une sorte de bonne foi collective (Demogue, segundo citação de De La Batie).

6.4 Aparência e erro

Baseando-se a boa fé crença “no erro ou na ignorância da verdadeira situação jurídica” (Alípio, p. 7) e a aparência na situação de fato – que manifesta como verdadeira, uma situação jurídica não verdadeira – ou falsa – têm ambas um mesmo pressuposto, que é o erro, ou a ignorância da realidade, ou da verdadeira situação jurídica.

Erro, diz Limongi (Manual, vol. I, p. 298) “é a noção falsa sobre o objeto”, enquanto a “ignorância é o completo desconhecimento acerca de um objeto”. Pereira e Souza nos diz que erro “se diz em geral, de hum pensamento, de huma opinião contrária à verdade” e que “em estilo forense confunde-se o erro com a ignorância, posto que a ignorância não he mais que a simples privação da sciencia, e o erro consiste em idéias falsas, ou no falso modo de as unir” (verb. “erro”).

Em qualquer caso, o erro tem sido invocado como elemento perturbador do ato jurídico, por introduzir, na sua estrutura, um “vício da vontade” ou seja um defeito na sua constituição, que o vicia irremediavelmente, porquanto, presume-se, com conhecimento perfeito e esclarecimentos de todas as possíveis circunstâncias, o agente teria agido de modo diverso, não praticando o ato ou adotando certas cautelas etc.

Como diz Falzea, o erro, qualquer que seja a sua forma, como ato ou como estado de espírito que julga ou retém como verdadeiro o que é falso, ou como falso o que é verdadeiro, influi negativamente no processo de realização dos valores jurídicos, que sofrem (ou podem sofrer) uma lesão irremediável, a partir do comportamento assumido em estado de erro ou ignorância.

Nos atos bilaterais, essa situação sempre coloca em confronto os interesses de ambas as partes; o interesse do sujeito em erro ou ignorância conflita com os de outro ou outros sujeitos. E o remédio invocado para a sua solução – o nenhum efeito, ou o efeito provisório, do ato jurídico assim viciado – colocará em choque os interesses de ambas as partes, além de terceiros cujos interesses podem já ter defluído desse mesmo ato. Assim, segundo aquele autor italiano, os casos de erro ou ignorância colocam sempre ao Direito problemas de difícil solução.

Por outro lado, o erro, tal como a boa fé, deve ser examinado em cada caso concreto e particular, para saber se esse erro fundamenta à boa fé crença, ou não, e se pode ou não ser causa de nulidade ou de anulabilidade, conforme o sistema, do ato praticado.

Assim a adoção de um critério rigidamente subjetivo trará as mesmas dificuldade que já apontamos para a solução dos casos em que se invoca a boa fé.

Para solucionar o conflito o Direito, cada vez mais – tendo em vista “a exigência da rapidez do comércio jurídico continuamente acentuado, acrescida pelo número cada vez maior dos sujeitos na comunidade e quanto mais intenso e rápido se torna o ritmo de suas vidas” – se utiliza de um critério em que coloca de um lado a “reconhecibilidade ou não do erro e a possibilidade ou não de conhecimento dos interesses em jogo”, e de outro lado “o ônus da conservação desses mesmos interesses a cargo dos respectivos titulares”, os quais só merecerão a garantia do reconhecimento pela lei, desde que adotem um comportamento vigilante, de tal modo “que não os coloquem em risco, por imprudência, ou por determinação consciente” (cf. Falzea). Estamos, assim, diante de situações de fato bem características, em que a titularidade de um direito é contestada e em que os interesses de duas ou mais partes de uma relação jurídica ou de uma sucessão de relações são postos em conflito, a saber:

1) o interesse do legítimo titular de um direito, que por ação ou omissão, consciente ou não, veja contestado, por terceiro, o seu direito;

2) o interesse de quem, incorrendo em erro escusável, agindo de boa fé e dentro de padrões normais de comportamento, tem seu interesse contestado por alguém que se arroga a titularidade legítima do direito ou que invoca o erro, ou “má fé” como

excludente de legitimação do interesse contestado;

3) o interesse de quem, incorrendo em erro escusável, agindo de boa fé e de acordo com as normas da vida jurídica, tenha praticado indevidamente, atos que ultrapassaram sua titularidade ou que, para os quais, simplesmente não tinha nenhuma titularidade;

4) os interesses de quem, agindo de boa fé, incorrendo em erro escusável, conforme os padrões normais da vida sócio-econômica, negociou validamente com qualquer dos pretensos ou verdadeiros titulares de direitos contestados, acima indicados (ns. 1, 2 e 3).

A primeira dessas situações corresponderia à do titular verdadeiro, no caso em que, sem ação direta sua, mas ocorrendo alguma das hipóteses ali citadas, venha a perder a titularidade do direito.

A segunda correspondente à do terceiro que, acreditando na formalização de um documento, na aparência de um direito, ou enfim, nas exterioridades enganosas, agindo de boa fé, negocia com quem não era o legítimo titular do objeto da relação.

A terceira corresponde à do titular não verdadeiro, que de boa fé tivesse negociado com um terceiro. Note-se que no caso desse titular agir de má fé, as conseqüências, de modo geral, não seriam muito diversas.

Finalmente a quarta seria a situação de terceiro ou terceiros – pois a mesma situação pode-se repetir rapidamente – que tivesse negociado com aquele cuja titularidade decorrente da segunda situação e que assim, colocasse em circulação um direito cuja origem não seria legítima.

O Direito, diante dessas situações tem um leque de opções para resolver o (ou os) conflito(s) de interesses.

“Os casos extremos são, de um lado o mecanismo da publicidade, no qual a tutela dos interesses contrapostos, se resolve sobre um plano estritamente formal. De outro o representado pela revelação de certas anomalias subjetivas que teriam impedido o funcionamento do ônus de conservação do direito (ao titular verdadeiro) ou de averiguação (aos terceiros ou ao titular aparente). Sempre que se amplia a importância do ônus de averiguação se restringe, na mesma medida, a importância do ônus de conservação – e vice-versa” (cf. Falzea). Essas anomalias seriam os defeitos dos atos jurídicos já apontados. Entre essas duas soluções extremas – a da formalização pura e simples e o estado de erro qualificado por causas específicas, ou o erro invencível – surgem a simples boa fé, a ignorância, o erro etc.

Entre elas se coloca a aparência de direito. Por esta o direito tutela, “de forma direta e imediata o interesse daquele que agiu em estado de boa fé objetivamente escusável” (Falzea), aceitando como juridicamente tutelável o interesse superveniente, em detrimento do interesse legítimo preexistente, aliviando o ônus de averiguação em detrimento do ônus de conservação, e tendo como causa “uma situação objetiva idônea a justificar o erro” em que incorreu o agente cujo interesse passa a ser tutelado.

Inegável, segundo frisa Falzea, que a “ruptura do esquema rígido do princípio de causalidade introduz um novo risco para o titular do direito subjetivo, que se pode ver privado de tal direito por outra causa, que não as ordinárias, extintivas de direitos, e em conseqüências de um ato ou negócio do qual ele não tenha tido participação alguma, mas por seu comportamento negligente, imprudente, de inobservância de um ônus jurídico (de conservação) e de conhecimento da existência de um ordenamento que lhe impõe tal ônus”.

7. Tentativa de síntese

7.1 Razões e fundamentos do reconhecimento da aparência

Chegados a esse ponto podemos tentar, agora, uma síntese dos elementos até aqui examinados e buscar os requisitos essenciais, bem como os efeitos mais diretos, do reconhecimento da aparência de direito, podendo defini-la, realmente, como um princípio de direito.

7.1.1 Elementos essenciais

Segundo Vicente Ráo (p. 243), para que a aparência de direito se caracterize e produza efeitos no ordenamento jurídico, deve preencher alguns requisitos essenciais, que ele classifica como objetivos e subjetivos. São eles:

1. Requisitos essenciais objetivos:

- a) existência de uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma segura situação de direito;
- b) que essa situação de fato assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas;
- c) que, preenchidas essas condições, apresente o titular aparente como se fosse o titular legítimo e o direito como se realmente existisse.

2. Requisitos essenciais subjetivos:

- a) a incidência em erro de quem, de boa fé, considera tal situação de fato como se de direito fosse;
- b) a escusabilidade desse erro, apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.

Dessa forma, conclui o mestre paulista, “não é apenas a boa fé que caracteriza a proteção dispensada à aparência de direito. Não é, tampouco, o erro escusável, tão-somente. São esses dois requisitos subjetivos, inseparavelmente conjugados como os requisitos objetivos, sem algum dos quais a aparência não produz os efeitos que pelo ordenamento lhe são atribuídos” (p. 243).

Como já foi dito antes, a aparência é uma figura complexa, onde são necessárias a incidência desses requisitos, objetivos e subjetivos, simultaneamente.

7.1.2 Análise dos elementos essenciais

Quanto aos elementos objetivos, a caracterização é bastante clara e facilmente compreensível:

1) A primeira condição é justamente a que se refere à existência de uma situação de fato – fenômeno manifestante – que pelas circunstâncias de que se reveste e se apresenta, aparenta ser uma verdadeira situação de direito. Essa manifestação, como vimos, pode dar-se ou por uma declaração expressa de alguém – por uma significação através de símbolos, escritos, falados ou até mímicos – ou, ao contrário, por uma manifestação indireta, através de sinais exteriores que significam uma determinada realidade, através do comportamento, dos fatos ou das coisas em si.

Na primeira hipótese (declaração expressa) não teríamos nenhuma necessidade de lançar mão do princípio da aparência, pois no caso de essa declaração não corresponder à realidade manifestada, ocorreriam as situações em que há descompasso entre a vontade e o ato, como o caso do dolo (a intenção de prejudicar alguém com proveito próprio) em que o erro da parte seria induzido maliciosamente pelo interessado – ou da simulação (declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso daquele aparentemente indicado) ou ainda da fraude em sentido amplo (toda artimanha utilizada para prejudicar a outrem) (cf. Limongi, Manual, 1/297-301). Assim o defeito não poderia prejudicar terceiros de boa fé, nem terceiros não participantes do ato e, muito menos,

ser invocado por quem lhe deu causa (arts. 95, 97, 103, 104, 147 e 148 do Código Civil).

Somente a segunda hipótese portanto – manifestação indireta, através de sinais que permitam inferir a realidade (um comportamento, um conjunto de fatos ou de circunstâncias etc.) – é que daria surgimento à situação de aparência de direito.

2) Essa situação de fato ou fenômeno manifestante se apresenta como segura situação de direito por força desse conjunto de circunstâncias, fatos, comportamentos etc, enfim, desses sinais exteriores de uma realidade não verdadeira.

Apresenta, pois, como verdadeira uma situação real mas não verdadeira – falsa, enganosa. Mas é preciso que essa situação de fato não se manifeste contrária à ordem geral e normal das coisas – é o segundo requisito objetivo. Ou seja, que não contrarie o ordenamento, antes de mais nada, o direito de modo geral; que não contrarie os fatos normais da vida em sociedade. É preciso que corresponda, ainda que exteriorizando uma realidade não verdadeira, a uma situação de normalidade sócio-jurídica e, até, de uma necessidade das relações normais das ordens social, jurídica e econômica ou moral.

3) Finalmente, que o titular aparente, seja, ou aquele que se acha investido na situação de fato, apresentando-se como se fosse titular legítimo, ou aquele cuja titularidade é manifestada pelas circunstâncias, pelos fatos, pelos comportamentos etc, e ainda, como se existisse verdadeira e realmente o direito composto por essa titularidade aparente.

Essas condições, portanto, é que configuram, do ponto de vista objetivo, a situação de aparência de direito. Para que as conseqüências que essa situação induz produzam verdadeiros efeitos jurídicos, é preciso ainda que ocorram dois requisitos subjetivos:

1) Que tal situação de fato, cercada de todas as circunstâncias e condições objetivas já verificadas, leve alguém, agindo de boa fé e sem malícia, a cair no erro criado pela situação aparente, considerando-a como manifestação de uma situação verdadeira e segura do ponto de vista jurídico. Isso ocorrerá, é claro, na medida em que as circunstâncias forem mais evidentes, os comportamentos mais concordes, os fatos mais significativos.

Isso pode ocorrer tanto com o titular aparente do direito, como com terceiros que com ele negociem e, mais ainda, na medida que o direito suposto, através de sucessivas transferências, se entranhe no mundo das realidades jurídicas.

2) Além disso é preciso que o erro em que caiu o agente, seja escusável. Não invencível, como exigia a primitiva doutrina francesa, apelando para standards ideais, nem mesmo exigindo-se de parte do agente uma diligentíssima indagação ou uma percuciente procura da verdade jurídica. Basta que ele tenha agido normalmente, como qualquer pessoa o faria, dentro das suas habilitações e conhecimentos normais.

Não se exige dele sagacidade ou, menos ainda, astúcia, para a vida dos negócios. Basta que aja de acordo com a normalidade que a situação pressupõe e com as habilitações e conhecimentos que lhe são dados ter do fenômeno real, manifestante.

Falzea distingue nesse ponto a aparência pura – decorrente do erro “causada pela simples situação de fato que manifesta falsamente uma situação de direito” – da aparência culposa ou dolosa – em que o erro do agente teria sido “provocado pelo comportamento culposos ou doloso do titular real do direito subjetivo”. No caso de dolo, parece-nos, conforme expusemos acima, não ocorreria verdadeiramente a situação de aparência. Mas no caso de ação ou omissão culposa, a distinção pode ser importante quanto às conseqüências dela decorrentes, como se verá.

O erro, diz ainda Falzea, no caso da aparência, “assume uma ação saneadora e se contrapõe à figura comum do erro que tem, ao contrário, uma ação viciosa; assim o ato praticado, estando o agente de boa fé e em erro escusável, se recupera da sua ineficácia

originária, fazendo com que produza os mesmos efeitos que um ato perfeito teria produzido”.

7.2 Efeitos com relação às partes e terceiros

Assim, em relação às partes envolvidas, como é fácil de entender, os efeitos do ato validado pelo princípio da aparência são os mesmos do ato perfeito. Em relação a terceiros, não resulta a mínima dúvida que a situação aparente, também, age como se jurídica fosse.

Mas que dizer do titular verdadeiro do direito que pode se ver despojado dele, sem ter participado do ato e, até, mesmo contra a sua vontade?

Três são as hipóteses possíveis de ocorrer:

1) O titular verdadeiro, agindo com culpa (já não se fala em dolo, pois nesse caso não teria sequer interesse legítimo para arguir a falta (art. 152, do Código Civil) tenha contribuído para a criação da situação, de fato, aparente de direito. Se por sua culpa (art. 159 do Código Civil) por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, deu causa ao erro do agente ou do terceiro, de boa fé, nada pode reclamar, pois fica caracterizada a sua responsabilidade (é o caso da aparência culposa de Falzea).

2) O titular verdadeiro do direito, apesar de sua diligência normal, de sua atuação isenta de culpa, por ação ou omissão involuntária contribui para o surgimento da situação aparente: nesse caso o direito do terceiro de boa fé, que foi induzido ao erro escusável, prevalece sobre o seu direito de titular legítimo – é o que Falzea chama de ônus de averiguação que suplanta o ônus da conservação do legítimo titular. Mas terá este, é óbvio, direito de agir contra aquele que assumiu o lugar de titular (aparente); nunca contra o terceiro.

Assim, no dizer de Ráo (p. 244) “a aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais. E quando se afirma que tais efeitos são produzidos em prejuízo do titular verdadeiro, a afirmação deve ser entendida em termos: o titular verdadeiro possui, normalmente, meios legais para obstar que outrem disponha de seu direito sem estar, para tanto, legitimado; mas, se por qualquer circunstância não usou ou não pôde usar desses meios, cumpre-lhe, é certo, respeitar a situação de quem correntemente negociou, à vista e consideração da aparência de direito, mas sempre lhe resta a faculdade de reclamar do titular aparente e não legitimado, que semelhante situação causou, a reparação das perdas e danos”.

3) Finalmente, o caso de mais difícil solução: o do titular verdadeiro, que, não se omitindo, nem por negligência ou imprudência, agindo, portanto, sem dolo ou culpa e sem qualquer responsabilidade, mesmo indireta, tem sua titularidade contestada por terceiro de boa fé, que foi induzido em erro escusável por alguém que tenha agido de má fé, com dolo, simulação, etc.

Surge aí um problema cuja solução, que tem sido dada pela doutrina e pela jurisprudência, está totalmente disconforme com o que até agora vimos: o caso do terceiro de boa fé, induzido em erro por malícia, dolo, enfim por atuação ilegítima de alguém que criou uma situação de aparência de direito, mas para cuja ocorrência o titular verdadeiro e legítimo não contribuiu em nada, nem mesmo por omissão no “ônus de conservação” que lhe cabia. Qual dos interesses deve prevalecer, o do terceiro, que agiu de boa fé e em erro escusável, ou o do titular verdadeiro?

É o caso, por exemplo, de alguém que paga uma dívida a um falso mandatário, que forjou um instrumento revestido das mais perfeitas características de certeza e de verdade. Ou de quem, falsificando um título formal induz o terceiro em erro, apresentando-se como representante de outrem, que nem desconfia da sua ação.

Alípio Silveira, citando largamente a doutrina nacional e estrangeira, e a jurisprudência

dos nossos tribunais, entende que os atos praticados pelo falso mandatário são totalmente nulos, por ausência de consentimento (art. 145) e não simplesmente anuláveis (art. 147, n. II) por vício da vontade. Assim também o pagamento feito a procurador falso ou quem tivesse forjado título falso etc. Não haveria vontade do titular verdadeiro, no caso, e não simplesmente vício da vontade.

Clóvis invoca a opinião em contrário de Laurent (observações ao art. 935).

Ocorre, no argumento de Alípio Silvieira, data vénia, a confusão, quase inevitável, entre o erro viciador da vontade, causa de anulação ou de anulabilidade do ato jurídico, e o erro saneador, que é o "erro escusável", em que incorre o terceiro de boa fé, no caso da aparência.

Nesse caso, o erro não anula o ato, por vício da vontade, mas, ao contrário, é o erro que convalida o ato, por "suprimento da vontade" (cf. Falzea). Essa é, na realidade, o fundamento da aparência, no dizer de Vicente Ráo, pois, enquanto a vontade de quem incide um erro, no caso de possibilidade de anulação do ato jurídico, é protegida por via indireta, na aparência, ao contrário, a vontade de quem erra é que prevalece (cf. Ráo, p. 243).

Se considerarmos, que, em nenhum caso de aparência de direito existe declaração de vontade do titular verdadeiro – lembrando-nos que, caso isso ocorresse, o princípio a invocar não seria o da aparência, mas os referentes ao descompasso entre a vontade e a declaração, caso dos "defeitos dos atos jurídicos" – temos que concluir pela improcedência do fundamento dessa tese. Ou a aparência de direito independe de declaração de vontade do titular verdadeiro, ou nunca existiria a possibilidade de se invocar a aparência do direito nos casos em que o titular verdadeiro não participa do ato, e que são os mais comumente apontados como de aparência pelos autores: credor putativo, herdeiro aparente, venda a non domino, efeitos do ato jurídico inexistentes etc.

Nesses casos, em que o titular verdadeiro, não incidindo em dolo ou culpa, nem mesmo tendo descurado do ônus de conservação de seu direito, o tem contestado por terceiro que, agindo com absoluta boa fé, foi induzido em erro escusável, por outrem (este, sim, tendo agido com dolo ou má fé) parece-nos que deverá prevalecer o mesmo princípio que valida todos os demais casos da aparência.

É claro que o problema torna-se muito mais complexo e de difícil solução, visto que no caso um dos interesses conflitantes – ou o do titular verdadeiro ou o do terceiro de boa fé – terá que ser sacrificado.

Mas, segundo nos parece, não há fundamento algum na invocação da "ausência da vontade do titular" para dar solução diversa a dos demais casos de aparência.

O mesmo interesse de segurança nos negócios, na certeza do direito, que orienta o princípio geral da aparência, poderá ser invocado aqui, visto como o terceiro não poderia ser responsabilizado pela sua atuação desde que tenha agido com verdadeira boa fé, e incorrido em erro realmente escusável. Quando muito poder-se-ia exigir uma apuração mais concreta, mais subjetiva, dessa boa fé e desse erro – talvez até apelando para o "erro invencível" da primitiva doutrina francesa.

Mas, por outro lado, o titular verdadeiro também não pode vir a ser prejudicado por ato a que não deu causa, nem, sequer, por se ter omitido na sua atuação diligente no "ônus de conservação" de seu direito.

Como os dois interesses devem ser confrontados, com um deles sendo prejudicado definitivamente, em detrimento do outro, vemos bem claramente que os dois são interesses legítimos e dignos de serem igualmente protegidos. O de titular verdadeiro, pela sua própria condição, e o do terceiro de boa fé, pelo princípio da aparência (pressupondo-se sempre, é claro, que o agente do ato doloso não possa responder pelo interesse lesado, seja do proprietário, seja do terceiro).

Segundo Roscoe Pound, o Direito tem buscado soluções diversas nesse caso: uma delas seria a atribuição da perda à parte mais capacitada a tê-la (ou economicamente em melhores condições para isso); outra solução tem sido a distribuição do risco, através do seguro obrigatório, entre toda a comunidade; outra, ainda, a de que o terceiro de boa fé, em certos casos pode ser considerado mero cumpridor das normas e preceitos legais e isento, portanto, de qualquer responsabilidade (cf. p. 13).

Na realidade trata-se de um dos problemas de mais difícil solução no tema estudado.

8. Conclusões

8.1 Aparência de direito como princípio de direito

1. Assim verificado, podemos concluir que o Direito moderno recebeu – e o aceita com força cada vez maior – o princípio da aparência de direito como um autêntico princípio geral de direito e, como tal, expressão do direito natural, nascido das necessidades sociais, e formulado pelo direito científico, como instrumento do arbítrio humano.

Conforme a síntese extraordinária de Vicente Ráo, “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, repetimos, enquanto nos simples casos de erro (Código Civil, art. 86), a vontade de quem nele incide é protegida por via indireta mediante a possibilidade de: anulação do ato, 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” (Ráo, p. 243 a 244).

2) A aparência se configura, assim, como um verdadeiro princípio de direito sendo uma verdadeira forma de expressão do Direito, uma vez que, por seu intermédio, verificamos o aparecimento de um direito subjetivo, novo, não existente, cujos titulares serão sempre os terceiros de boa fé, induzidos em erro escusável pela situação aparente.

3) O próprio titular aparente não será titular desse direito subjetivo, mesmo quando, no caso das hipóteses citadas adiante (4, item B) os atos por ele praticados o forem de boa fé e tendo ele incorrido em erro escusável. Nesse caso, a sua titularidade aparente permanece uma titularidade de fato; mas a sua transmissão, e conseqüente repercussão dos seus efeitos no mundo do direito, se faz como um ato jurídico perfeito, por força da legitimação decorrente do princípio da aparência.

4) Poderíamos, finalmente tentar formular, de acordo com os princípios até aqui expostos, uma classificação dos verdadeiros casos de aparência de direito.

Para essa classificação devemos verificar a posição de cada um dos participantes em cada caso em que se venha a aplicar o princípio da aparência. Temos assim:

A) Casos em que o titular verdadeiro, por ação ou omissão involuntária, tendo descurado do “ônus de conservação” de seu direito, vê seu direito contestado por terceiro que agindo de boa fé, foi induzido em erro escusável por titular aparente. Segundo Falzea, a orientação mais recente da jurisprudência é no “sentido de reconhecer a aparência como princípio geral aplicável sempre que a causa da situação objetiva de que deriva a errônea inferência do terceiro de boa fé, seja um comportamento doloso ou culposos do titular real”.

São, pois, casos que se enquadram nestas hipóteses:

1) Pagamento feito a credor aparente ou putativo (o verdadeiro credor, descurando da conservação de seu direito, permite que o credor aparente, de boa ou má fé, se apresente ao devedor – terceiro de boa fé – como titular do crédito, levando-o a pagar erradamente (art. 935 do Código Civil). Segundo Clóvis “é válido o pagamento feito ao

cessionário, ainda que a cessão seja posteriormente anulada. O cessionário é um verdadeiro possuidor do título; enquanto não se declara insubsistente a cessão, para todos os efeitos é ele o credor” (obs. n. 2, ao art. 935).

2) Pagamento feito a credor primitivo que tenha cedido o seu crédito mas cuja cessão não foi oportunamente notificada ao devedor (art. 1.071).

3) Atos praticados por mandatário, após a revogação do mandato, com terceiros de boa fé, quando a revogação tenha sido notificada somente ao mandatário (art. 1.318). No caso o titular verdadeiro descurou da “conservação” do seu direito deixando de notificar ou tornar conhecida “às pessoas que estejam tratando com o mandatário”, judicialmente, ou “usando de qualquer meio” (cf. observações de Clóvis).

4) No mesmo caso, os atos praticados pelo mandatário, ignorando este a extinção do mandato pela morte do mandante, ou por qualquer outra causa (art. 1.321). No primeiro caso a omissão teria sido dos herdeiros, não notificando o mandatário da morte do mandante; ou deste próprio, nos demais casos de extinção do mandato (art. 1.316).

5) Os atos de alienação (onerosos) ou de administração praticados pelo herdeiro aparente (excluído por indignidade; ou quando se verificar a existência de outros herdeiros com direitos precedentes etc.) com terceiros de boa fé.

6) Situações de propriedade aparente (como a do art. 968) em que o titular aparente, de boa fé, aliena ou grava imóvel que tenha “indevidamente” recebido.

B) Casos em que não existe um titular verdadeiro: simplesmente o titular aparente, de boa fé ou má fé, agindo com ou sem erro escusável, pratica atos induzindo terceiros, estes sim de boa fé, em erro escusável:

1) Casos de domicílio aparente (art. 33), o lugar onde o “titular aparente” for encontrado, ou tenha o ponto central de seus negócios, não tendo ele residência habitual ou empregue a vida em viagens.

2) Caso do casamento putativo (art. 221), quanto aos efeitos civis em relação ao cônjuge (ou cônjuges) de boa fé, e aos filhos, do casamento nulo ou anulável.

3) Capacidade aparente (art. 155 do Código Civil) inclusive, de testemunha.

C) Hipóteses em que, sem haver disposição expressa da lei, deve-se aplicar o princípio da aparência aos casos análogos, seja na situação em que o titular verdadeiro deixa de atender ao ônus de conservação de seu direito (A), seja quando o titular aparente aja de boa ou de má fé (B):

1) Testamenteiro cuja função já cessou.

2) Exceção de poderes do mandatário.

3) Separação, de fato, dos cônjuges, induzindo à crença da inexistência ou cessação de direito, da sociedade conjugal.

4) Ostentação de vida more uxorio pelos concubinos, gerando a convicção de matrimônio perante terceiros.

5) Posse do estado de casados para os efeitos do art. 203 (não contestável em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil que prove já ser casado um dos cônjuges quando contraiu o casamento impugnado) ou do art. 206 (na dúvida, julgar-se-á pelo casamento).

6) Efeitos dos registros das pessoas civis para certos casos de capacidade, morte, nascimento etc, inclusive a posse do estado de filiação (art. 348 do Código Civil).

7) Filiação do nascido depois de 180 dias da dissolução da sociedade conjugal.

- 8) Autorização marital (de qualquer dos cônjuges) de fato.
- 9) Efeitos perante terceiros da sociedade conjugal aparente (dissolvida sem a necessária publicidade).
- 10) Regime de bens do casamento, nos seus efeitos perante terceiros, quando os cônjuges agirem de forma a aparentar regime diverso do juridicamente existente.
- 11) Efeitos dos registros das pessoas jurídicas, sejam civis ou comerciais. Nesse último caso, efeitos dos registros efetuados nos registros de comércio.
- 12) Atos praticados pelo funcionário aparente ou de fato, ou praticados perante esse funcionário.
- 13) Efeitos de negócio jurídico inexistente, nulo ou anulável, que, através de operações sucessivas, tenha penetrado na vida jurídica, produzindo novos efeitos, relativamente a terceiros.
- 14) A figura do comerciante de fato.
- 15) A situação das sociedades de fato inexistentes ou irregulares.
- 16) Atos praticados pelos administradores (de fato) das sociedades, regular ou irregularmente constituídas.
- 17) Atos, em excesso, do representante comercial ou do mandatário comercial.
- 18) Cessão ou locação do fundo de comércio.
- 19) Atos praticados mediante a exibição de título formal falsificado (pagamento de cheque ou título falso, cessão falsa etc).

8.2. Conclusões finais

- 5) Podemos, com Vicente Ráo, concluir que “dos casos expressamente ou implicitamente admitidos por lei a doutrina extraiu o princípio jurídico da aparência de direito, não mediante simples processo de analogia, mas através da investigação do fundamento das disposições legais – e, assim sendo, a indicação legal desses casos não é taxativa, pois não exclui a admissão dos demais que realizarem os requisitos da aparência segundo sua qualificação jurídica, o que se deve apurar através do exame de cada espécie concreta, de fato. Se a aparência de direito possui a força de princípio, nem por isso, em sua aplicação, pode-se dispensar o emprego da máxima cautela, à vista da delicadeza da matéria e da possibilidade de se causar prejuízo injusto ao direito alheio” (p. 245).
- 6) Não se pode confundir a pura proteção dada à boa fé, ou os simples casos de erro escusável, com a aparência do direito. Há casos em que a tutela da boa fé ou do erro escusável, se faz por princípios outros, que não o da aparência. Somente na ocorrência dos requisitos, objetivos e subjetivos, que a caracterizam, e na incidência da hipótese prevista na sua conceituação, é que o princípio da aparência poderá ser invocado validamente.
- 7) Todos os institutos cuja natureza, de qualquer forma, já foi tutelada pelo ordenamento, como o caso dos títulos de crédito, a posse etc, não são legitimados pelo princípio da aparência, ainda que com ela muito se assemelhem.
- 8) Também não se enquadram no princípio da aparência de direito, apesar de citados por vários autores, os casos de responsabilidade (civil) aparente, títulos de crédito, posse, usucapião de móveis ou imóveis, capacidade aparente de menor relativamente incapaz, pagamento efetuado a incapaz etc. por estarem regidos por princípios próprios, ainda que semelhantes ao da aparência, mas que não precisam desse princípio para a sua validação.

9) Finalmente, como afirma Orlando Gomes, é no Direito Comercial que a aparência tem seu campo de atuação mais importante, pela própria rapidez dos negócios e necessidade de segurança, que nem sempre pode ser satisfeito pela natureza dos direitos em jogo e a velocidade do tráfico.

9. Bibliografia

Beviláqua, Clóvis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por..., Edição fac-similar da 4ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1975; Teoria Geral do Direito Civil, edição revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira, Rio, Francisco Alves, 1975.

Caldas Aulete, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, Edição brasileira atualizada e anotada por Antenor Nascentes e Amílcar Garcia, 5ª ed., Rio, Delta, 1970.

D'Amelio, Mário, verbete "Apparenza del Diritto", no Nuovo Digesto Italiano, atualizado por L. Marmo, vol. I, Turim, 1937.

De La Batie, Noël Dejean, Appréciation "in abstracto" et appréciation "in concreto" en Droit Civil Français, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

De Los Mozos, José Luiz, El Principio de la Buena Fe (sus aplicaciones practicas en el Derecho Civil Espanol), Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1965.

Falzea, Angelo, verbete "Apparenza" na Enciclopédia, del Diritto, 1958.

Fernandes, Francisco, Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Alegre, Globo 1959.

França, Rubens Limongi, Brocardos Jurídicos, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1969; Manual de Direito Civil, vol. 1, 3ª ed., S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975; Princípios Gerais de Direitos, 2ª ed., S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

Freire, Laudelino, Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa, 3ª ed.. Rio, José Olympio, 1957.

Gomes, Orlando – Sucessões, 2ª ed., Rio, Forense, 1973; Transformações Gerais de Direito das Obrigações, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967.

Monteiro, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, vol. 4º, 11ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1976; Idem, vol. 6º, 11ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1976.

Porto, Mário Moacyr, "Teoria da aparência e herdeiro aparente", RT 260/14 e 31.

Pound, Roscoe, Justiça Conforme a Lei, tradução brasileira de Jacy Monteiro, 2ª ed., S. Paulo, Ibrasa, 1976.

Radbruch, Gustav, Filosofia do Direito, trad. portuguesa de L. Cabral de Moncada, 5ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1974.

Ráo, Vicente, Ato Jurídico, 3ª tiragem, S Paulo, Max Limonad, s/d.

Rodrigues, Sílvio, Direito Civil, vol. 2, 5ª ed. S. Paulo, Saraiva, 1975; Idem, vol. 7, 5ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1976.

Silveira, Alípio, A boa-fé no Código Civil, 1º vol., edição do autor, S. Paulo, 1972.

Souza, Joaquim José Caetano Pereira e, Esboço de um Dicionário Jurídico, Teorético e Prático etc, Lisboa, 1825.

Thonnard, F. J., Compêndio de História de Filosofia, trad. portuguesa por Valente Pombo, Tournai, Desclée e Cña, Editores, 1953.