

Parte

I

ESTRUTURA
BÁSICA DA
APARÊNCIA

TEORIA DA APARÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

CAPÍTULO I

ORIGEM DA TEORIA DA APARÊNCIA JURÍDICA

1. RAÍZES NO DIREITO ROMANO

A boa-fé e a aparência, ou na linguagem dos autores alemães, confiança,⁴ são institutos inter-relacionados, principalmente se considerarmos o prisma histórico romano e canônico, de forma que é impossível tratar daquele sem que se busque as raízes históricas neste.⁵ MENEZES CORDEIRO chega a afirmar que a confiança constitui um elo entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva, matéria que será tratada no momento oportuno.⁶

Sem sombra de dúvida é no direito romano – assim como em relação a tantos outros institutos jurídicos do direito moderno – que se encontra a base do sistema de boa-fé de tradição ocidental, sobretudo nos institutos da *fides, bona fides*

⁴ F. P. JORGE, *A protecção jurídica da aparência no direito civil português*. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1951.

⁵ L. S. LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, Bologna, Il mulino, 1995, p. 292 ss., ressalta que “a questo fine giova risalire a quanto ho creduto di poter cogliere dalla osservazione diretta della letteratura canonistica, in base alla quale mi par di potermi sentire tranquillo nell’affermare come ciò che anzitutto sul terreno psichico si richiede dal soggetto per riconoscerlo in buona fede sia: 1) che non creda coscientemente di *agere contra ius*; 2) che questo stato psicologico sia: a) il risultato di una falsa rappresentazione della realtà e pertanto di una anomalia del giudizio d’esistenza (erronea opinione dell’*esistenza* del diritto dell’alienante); b) oppure il frutto di una proiezione interiore *sub specie iuris* di precisi *quid sensibili*, i quali concorrono a fare sì che il soggetto, nonostante la *scientia* dell’appartenenza ad altri del diritto di credito, acquisti una particolare *convinzione* della liceità del suo comportamento. Questa convinzione, a sua volta, è il riflesso interiore di dati modi di essere di persone o di cose che nel loro complesso possono servire sulla via della logica e della esperienza, come espressione, meglio forse come *indice*, di titolarità, vale a dire come segno dell’esistenza del titolo dell’acquisto (consenso del titolare del diritto desunto dal di lui univoco e concludente comportamento, credenza di acquistare *quasi volente et concedente domino* dedotta dalla condotta omissiva del *dominus*, investitura del diritto, attribuzione di esso diritto ad opera dell’autorità pubblica, riconoscimento legislativo, ecc.)”.

⁶ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1984, p. 1238: “A idéia de confiança surgiu, de modo repetido, nas diversas manifestações da boa-fé, seja como dado efectivo, depreendido de várias concretizações do fenómeno, seja como tentativa de explicação, apresentada em conjunturas controversas. Dispondo neste momento, de material bastante, cabe indagar da possibilidade de, pela sua redução dogmática, elaborar um princípio da confiança, que integraria parte do conteúdo substancial da boa-fé”.

e *aequitas*.⁷ Por outro lado, o desenvolvimento do pensamento jurídico do direito privado germânico também desempenhou importante papel, especialmente no que diz respeito à terminologia alemã do § 242 BGB (*Treu und Glauben*).⁸

1.1. *Fides e fides bona*

A *fides*, como aponta *Nörr*, é uma das categorias elementares da compreensão romana acerca da norma (*Grundkategorie römischen Normverständnisses*⁹); um conceito fundamental da vida romana (*Grundbegriff des römischen Lebens*¹⁰) já em seus tempos mais remotos, conforme *Wieacker*. Ela incorpora a expectativa do cumprimento de uma promessa e da respectiva confiança de seu destinatário.¹¹ Pode-se afirmar, grosso modo, que a *fides* romana antiga materializa o dever – expressão aqui também considerada em sentido amplo, e não estritamente jurídico – de cumprir a palavra dada.¹² Nos tempos antigos, a *fides* tem um sentido muito mais amplo, que extrapola o âmbito do direito: “a história da *fides* durante essa longa época desenrola-se sobretudo fora do *ius*”¹³. Sua manifestação no direito, palpável no início do séc. II a.C. na *oportere ex fide bona*, é parte de um longo processo de desenvolvimento e pressupõe, como muito bem constata *Wieacker*, uma eticização e internalização da *fides*, o que só foi possível em um “sistema refletido de valores sociais e morais”¹⁴.

Cícero descreve a confiabilidade e a veracidade das palavras e dos acordos – *fides* – como verdadeiro fundamento da justiça: “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*”¹⁵. *Ulpiano*, referindo-se a *Celso*, define o direito como a arte do bom e do justo (“*ius est ars boni et aequi*”¹⁶) *MENEZES CORDEIRO* faz uma divisão, com base na Lei das XII Tábuas e no estudo de *Luigi Lombardi*, em três prismas da *fides*, a saber: a *fides-sacra*, a *fides-facto* e a *fides-ética*.¹⁷

A *fides-sacra*, como o próprio nome diz, tem forte conotação religiosa e é apresentada na Lei das XII Tábuas, vinculada à incidência de uma sanção religiosa,

⁷ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé II* cit., p. 53

⁸ *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 6.

⁹ *Nörr*, *Die Fides*, p. 4. A obra do romanista alemão *Dieter Nörr* também se encontra traduzida ao espanhol, cf. *Nörr*, *La fides en el derecho internacional romano*, trad. de *Domingo, Rafael*, 2ª ed., Madrid 1996. Todas referências à essa obra, citadas no presente trabalho, referem-se ao texto original em alemão.

¹⁰ *Wieacker*, *SZ 98*, 1 (21).

¹¹ *HKK/Duve/Haferkamp*, § 242 Rn. 4.

¹² *Kaser*, *RPrivR I*, p. 200: “(...) *die Pflicht, zu seinem Wort zu stehen.*”; *Nörr*, *Die Fides*, p. 6.

¹³ *Wieacker*, *SZ 98*, 1 (21) No mesmo sentido: *HKK/Duve/Haferkamp*, § 242 Rn. 24.

¹⁴ *Wieacker*, *SZ 98*, 1 (20).

¹⁵ *Cic.*, *De off.*, 1, 23.

¹⁶ *Ulp.* 1 *ad inst.*, D. 1,1,1,pr.

¹⁷ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé I* cit., p. 54 e ss.

nas várias situações que restaram apresentadas. Tem-se como exemplo o pátrio poder que era absoluto, mostrando limitações apenas no direito sacro e na moral. A *fides-facto* apresentava-se isenta de qualquer conotação religiosa ou moral, tendo conotação de garantia. MENEZES CORDEIRO, transcrevendo Fraenkel, salienta que, na literatura republicana, *fides* significa garantia, promessa, confiança, sendo este o ponto de partida para o estudo atual da *fides*. Inclusive associava a *fides* ao ritual de dar a mão direita, representando em palavras o aperto de mão primitivo. Por fim, a *fides-ética*, expressando um sentido moral, um sentido de dever, ainda que não recebida pelo direito. Transcendia, portanto, aos efeitos jurídicos.¹⁸

A noção romanística de boa-fé é, sem dúvida, uma das mais antigas do sistema jurídico, tendo Frezza destacado que a palavra “*fraus*”, utilizada na Lei das XII Tábuas, na norma “*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”, exprime a antítese da *fides*.¹⁹

Judith MARTINS-COSTA destaca que apenas três setores, o das relações de clientela, o dos negócios contratuais no ramo das obrigações e o da proteção possessória no campo dos direitos reais, marcam a origem do instituto da boa-fé. No caso das relações de clientela, para que o patrão garantisse por meio do seu poder a devida proteção, era indispensável que o *cliens* fosse leal e obediente, tendo por base e substrato a boa-fé. A proteção era indispensável, já que havia uma desigualdade jurídica entre *sui iuris* (senhor de direitos e obrigações), *alieni iuris* (vinculados aos senhores) e *res* (escravos)²⁰. Esse fenômeno implicava a inclusão do *cliens* na família, subordinando-o ao poder do *pater familias*²¹.

Ao longo da história, o *cliens* foi progredindo em sua situação jurídica, passando, inclusive, a agir livremente.²² Da mesma forma, nos contratos, várias promessas foram feitas com substrato na boa-fé das partes, tendo a *fides* núcleo normativo.²³

¹⁸ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé I* cit., p. 56.

¹⁹ Frezza, *Fides Bona*, 8, 21.

²⁰ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo 1999, p. 113, destaca que “o Tratado Roma-Cartago indica que a *fides* era considerada como núcleo normativo, seja dos tratados entre cidades, seja dos contratos de direito privado, o que, em última análise, deixa entrever que já no mundo romano a diferença entre os contratos de direito internacional e os de direito privado interno não residia na estrutura de ambos, mas no diverso mecanismo protetivo que é próprio de cada um deles. Os primeiros adquiriam a coercibilidade própria da garantia estatal em razão de um fator externo aos contraentes, qual seja a autoridade do Estado que firmava o tratado, enquanto os segundos adquiriam esta qualidade já por si, isto é, em sede anterior àquela configurada pela autoridade do Estado, tendo extrema importância no que concerne especificamente aos quatro contratos denominados consensuais – a compra e venda, a locação, a sociedade e o mandato – e também aos três contratos reais não-solenes – o mútuo, o depósito e o comodato”.

²¹ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé II* cit., p. 60.

²² A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé II* cit., p. 60.

²³ J. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé* cit., p. 113, destaca que “o Tratado Roma-Cartago indica que a *fides* era considerada como núcleo normativo, seja dos tratados entre cidades, seja dos contratos de direito privado, o que, em última análise, deixa entrever que já no mundo romano a diferença entre os contratos de direito internacional e os de direito privado interno não residia na estrutura de ambos, mas no diverso mecanismo protetivo que é próprio de cada um deles. Os primeiros adquiriam

A *fides* passa a ter dois aspectos diferentes, a saber: a *fides*-promessa e a *fides*-poder. Ambas seguiram linhas evolutivas diferentes. A *fides*-poder era aquela que, originariamente, o *cliens* não tinha qualquer pretensão contra o patrão. Com o passar do tempo, foi sofrendo uma atenuação, pois o *cliens* situava-se quase em uma posição de escravo e estava sujeito a um poder discricionário do *patronus*, passando, então, a gozar cada vez mais de direitos.²⁴

Por sua vez, a *fides*-promessa era aquela que ocorria em um nível de abstração, pois gerou a passagem do formalismo ao voluntarismo. O significado intrínseco dos vários rituais foi gerando consequências jurídicas, tal qual ocorreu com o *nexum*, conforme previsto pela Lei das XII Tábuas.

Tem-se a situação do inadimplemento da obrigação que dava início a um processo de execução. Ultrapassadas todas as possibilidades de o devedor solver a obrigação, incidia a *manus iniectio*, segundo a qual o devedor era levado a juízo e entregue ao credor e colocado em cárcere privado. Tudo era feito com grande publicidade. Após o prazo máximo de 60 dias, o devedor era conduzido a três feiras consecutivas, para que alguém o resgatasse, pagando a dívida. Caso ninguém procedesse ao resgate, o devedor tornava-se escravo do credor e era vendido *trans Tiberium*, tendo o credor a opção de matar o devedor. As sanções eram ineficazes, já que nela incidia o *nexum dare*, em que o devedor submetia-se ao credor, para encerrar o processo de execução. O *nexum* era a própria submissão e só ocorria por causa da *fides*.

A execução pessoal chegou a um ponto em que a *Lex Poetelia Papiria de Nexis* (362 a.C.) revogou tanto a escravidão quanto a morte do devedor. Com a extinção do *se nexum dare* ocorreu a decadência da *fides* primitiva e a sua extinção.²⁵ Assinala MENEZES CORDEIRO que “a *fides* perde força significativa”. O fenômeno ocorre pela nítida tendência do direito romano, em que havia a prevalência dos institutos singulares em detrimento de construções gerais, e no distanciamento da linguagem corrente da linguagem utilizada pelos juristas. Houve ainda uma fragmentação da *fides* em vários institutos esparsos do direito romano, e esta continuou ligada a uma ideia transcendente, com especial nível axiológico. No último século a.C., a *fides* estava apta a ser inserida nas novidades jurídicas, com a agregação do adjetivo *bona*.²⁶

a coercibilidade própria da garantia estatal em razão de um fator externo aos contraentes, qual seja a autoridade do Estado que firmava o tratado, enquanto os segundos adquiriam esta qualidade já por si, isto é, em sede anterior àquela configurada pela autoridade do Estado, tendo extrema importância no que concerne especificamente aos quatro contratos denominados consensuais – a compra e venda, a locação, a sociedade e o mandato – e também aos três contratos reais não-sole-nes – o mútuo, o depósito e o comodato”.

²⁴ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé II* cit., p. 61.

²⁵ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé II* cit., p. 62 e ss.

²⁶ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé II* cit., p. 69 e ss. acrescenta: “Estas conclusões pretendem aglomerar, por forma explicativamente utilitária, o material esparsos sobre a origem e o desenvolvimento da *fides*. A sua comprovação definitiva requer a análise da *fides bona*, a que se procederá de seguida. Ficam, porém, desde já, rejeitadas todas as orientações que, da *fides*, pretendam retirar consequências jurídicas que não as extraídas, mais tarde, pelo pretor, mas então já com a adjução de *bona*. A *fides*, como se viu, não estava em condições de, por si, trazer uma força vinculativa que,

Como bem observa José Luís de LOS MOZOS, tem-se na noção de *fides* a gênese da aparência, repercutindo, num primeiro momento, na boa-fé subjetiva, no campo dos direitos reais, principalmente nas relações possessórias.²⁷ As relações aparentes, portanto, tiveram sua origem na boa-fé.

Luiz FABIANO CORRÊA esclarece que a aparência teria nascido do axioma “*error communis facit ius*”.²⁸ Entre os vários exemplos citados está o da validade de um testamento cujas testemunhas, apesar de não serem livres, foram tidas como tal. As pessoas foram havidas como livres sem ser. A validade dada pela sentença do árbitro obviamente levou em consideração a boa-fé daqueles que estavam envolvidos. Portanto, permeada pela ideia do *error communis*, está, com maior ênfase, a de *fides*, visto ser o erro comum justificável, apenas, se o titular de direito estiver agindo de boa-fé.

Ainda nessa primeira incursão histórica, não se pode deixar de dar ênfase ao pensamento do jurista Ihering, que informa ter a aparência surgido de atos fictícios, que visavam a burlar o formalismo do direito romano. Tanto é verdade que informa o mestre: “Essa observação deve convencer-nos de que não é, de modo algum, a questão da origem da aparição histórica exterior, mas do fundamento dos atos, que é verdadeiramente importante”.²⁹

desde o início, nunca deixara de perder. Acresce que a sua aplicação múltipla não permitiria, com segurança, o desenvolvimento que, posteriormente, se veio a registrar. Com a criação e sucesso da *fides bona*, a *fides*, mantendo sempre as suas conotações afectivas, ficou novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente, e que se mantém: fé”.

²⁷ *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho civil Español*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 98. “En el epígrafe siguiente veremos cómo la idea de la *fides romana*, renovada por la influencia del pensamiento cristiano y en el marco del Derecho común, sirve para generar la categoría general del contrato, renovando el concepto de causa y configurando la base de la buena fe objetiva, utilizada por el Derecho moderno en el campo de las obligaciones; siendo, por otra parte, la doctrina de la buena fe subjetiva, tanto en este terreno como en el de los derechos reales una continuación del planteamiento romano que ha quedado examinado, si bien se unirán a ella, modernamente, ciertos aspectos de diverso origen para fundamentar ese tertius genus de la buena fe en la apariencia, en lo que tiene una extraordinaria importancia el Derecho germánico, como veremos”.

²⁸ *A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais*, Campinas, Interlex, 2001. p. 36. Cita o autor que a primeira regra sobre a aparência está no Digesto, Livro XXXIII, Título I, “De supellectile legata”. Tratava-se da interpretação da cláusula testamentária.

²⁹ *O espírito do direito romano*, trad. Rafael Benaion, Rio de Janeiro, Alba Ed., Lavradio, 1943. p. 188-189. Ensina sobre o tema: “Atribui-se aos atos aparentes uma origem histórica, que julgamos falsa. Diz-se que a ficção, como ato aparente, surgira, desde logo, no terreno do culto religioso, e do direito eclesiástico, e deles foi transportado para o domínio do direito profano. Os testemunhos que se invocam, em apoio de tal opinião, somente provam uma coisa, que já conhecemos e sobre a qual ninguém tem mais insistido do que nós; isto é, que em todo método, os atos aparentes e as ficções se manifestam em uma e outra parte, sem que nada prove que tenham aparecido num ramo do direito que em outro. E este é um dos motivos gerais que devem servir, frequentemente, para impugnar essa suposta prioridade. Com efeito, os atos aparentes, como as ficções, são formas particulares do progresso de uma determinada época da civilização. Ninguém negará, pois, que o direito profano foi menos acessível ao progresso que o direito eclesiástico; desde logo, se um dos dois foi o primeiro a aperfeiçoar suas próprias formas, este teve que ser o direito profano. Desta opinião, como da contrária, já mencionamos o que a ela se refere e que atribui uma origem semelhante às *legis actiones*. Ambas as opiniões versam sobre o mesmo erro. Buscam uma explicação particular e própria somente de Roma, de que constitui um fenômeno geral e necessário na his-

1.2. *Bonae fidei iudicia*

Por ter o sistema jurídico romano uma base processual, as *bonae fidei iudicia* eram ações que tinham por substrato a boa-fé.

Há muita discussão quanto às espécies de ações abarcadas pela boa-fé. Para mencionar apenas Gaio, as ações abrangidas eram: compra e venda, locação, transporte, gestão de negócios, mandato, depósito, fidúcia, sociedade, tutela e *rei uxoriae*.³⁰ Nessas ações havia o elemento extrínseco que implicava a expressa menção *fides bona* na fórmula, por parte do *iudex* romano. Isso garantia um maior poder discricionário na interpretação.³¹

Esclarece Judith MARTINS-COSTA que o demandante apresentava uma fórmula especial, cuja *intentio* estava baseada na *fides* e não na *lex*. A fórmula especial tinha o nome *oportet ex fides bona* e visava não à incidência de um texto de lei, e sim à da boa-fé. A boa-fé se torna fonte de exigibilidade judicial de deveres.³²

Entre os vários benefícios que a *bonae fidei iudicia* trouxe ao sistema romano, pode-se destacar a possibilidade de o juiz compensar créditos e débitos, pelas mesmas partes, para garantir o princípio da equidade ou boa-fé. O juiz podia ficar atento à bilateralidade de cada situação, o que garantia justiça nas decisões, e sem dúvida nenhuma aperfeiçoou o direito das obrigações.³³

As obrigações decorrentes da *bonae fidei iudicia* englobam, conforme Cícero, a *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*, *societas*, *fiducia*, *tutela* e *negotio gestum*.³⁴

De acordo com Francisco Amaral, o início da fase das *legis actiones*, com previsão na Lei das XII Tábuas, que se deu aproximadamente por volta de 130 a.C. eram ações extremamente rígidas e exclusivas de cidadãos romanos. O sistema foi se aprimorando até o ponto em que cada ação tinha sua formulação específica, correspondente à sua pretensão.³⁵ Com o passar do tempo, surgiram as *exceptios*, como matéria de defesa, podendo ser salientadas as *exceptiones doli*, em que se verifica a incidência da boa-fé, prestigiando--a e punindo a má-fé.

IHERING, tratando das exceções, esclarece:

tória das civilizações. Mais ainda que as formas rígidas do processo, os atos aparentes e as ficções deixam de pertencer, exclusivamente, ao Direito Romano, porque se os encontra por toda a parte em certos momentos da civilização. A história do direito pode prová-lo. Além disso, vencida essa fase para uns e outros, as ficções se extinguem pouco a pouco, e acabam por desaparecer”.

³⁰ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé* cit., p. 74.

³¹ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé* cit., p. 82.

³² J. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé* cit., p. 122.

³³ A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé* cit., p. 89.

³⁴ *Cic.*, De off. 3, 17, 70.

³⁵ *A boa-fé no processo romano*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 78 (1996), p. 201 e ss.

CAPÍTULO II

APARÊNCIA E REALIDADE

1. INTRODUÇÃO

Como já foi visto, a aparência ganhou sentido e respeito por parte do legislador, na medida em que gerou uma legitimação formal por parte do terceiro que, obrando em absoluta boa-fé, realizou negócio jurídico em face da publicidade que permeava o negócio, muito embora este tivesse sido realizado em desacordo com a realidade jurídica, por ausência de causalidade, ou seja, pela ausência de fato gerador a implicar causalidade na relação jurídica. Porém, sem sombra de dúvida, ocorreu um erro na percepção da realidade entre o que é e o que parece ser.⁷⁵

O legislador acaba por transformar o que é aparência em realidade, até porque garante eficácia jurídica. Como bem esclarece PONTES DE MIRANDA: “A incidência da regra jurídica é que torna jurídicos os bens da vida. Muitas vezes, porém, a incógnita é a regra jurídica; outras vezes, o conjunto de fatos, o suporte fático, em que a regra jurídica incide”.⁷⁶

Todo o problema, aqui, está no fato da legitimidade, pois a efetividade da aquisição de um direito depende da existência e da validade do direito anterior. Existe uma cadeia de benefícios jurídicos e com elos solidários, uns por outros. Quando se fala em realidade jurídica, subentende-se não aquilo que o legislador possa a vir prestigiar por exceção (teoria da aparência), mas a aquisição de um direito com histórico de causalidade em um direito anterior.

Quando o terceiro pensa em adquirir direito, por intermédio de uma situação jurídica que apresenta todos os aspectos exteriores da realidade, esta situação, para ele, parece ser real, passando a ser vítima de uma aparência. Para que uma situação jurídica seja qualificada de aparente é necessário que não tenha causalidade, ou seja, que não tenha legitimidade material. Por isso é que a aparência é a

⁷⁵ J. P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit prive: contribution a l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, Thèse (Doctorat) – Université de Nice, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1974, p. 1.

⁷⁶ *Tratado de direito privado: parte geral*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, RT, 1983, p. 16-17.

percepção errônea da realidade jurídica, na qual o próprio sistema jurídico a transforma em situação real.

Como bem salienta ARRIGHI, o conflito originário (antes da construção da norma reguladora) que opõe aparência à realidade não é senão o conflito de uma situação de fato com uma situação de direito.⁷⁷ Todo o problema está no fato de o nosso sistema estar impregnado de uma lógica própria. Não se pode esquecer que a lógica jurídica é “a reflexão crítica sobre a validade do pensamento jurídico no plano dogmático”. O direito pode ser visto como norma e como decisão. A lógica do direito é vista em dois planos, o plano normativo e o plano decisional.⁷⁸ A realidade jurídica estabeleceu silogismo, em que os elementos imprevistos não têm espaço. A articulação racional produziu diversas fórmulas, tais como: “*Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*” (Ninguém pode transferir a outro mais direito do que tem), “*quod nullum est nullum producit effectum*” (o que é nulo não produz nenhum efeito). Tais formulações, apesar de incidirem no sistema jurídico, como se verá, devem ser obrigatoriamente relativizadas.

O elemento pretensamente racional, lógico, muitas vezes dá lugar àquilo que se apresenta como irracional, como é o caso da aparência, pela incidência de valores mais importantes no sistema jurídico, a exemplo da segurança das próprias relações jurídicas. Em uma concepção teleológica do direito, o conflito inicial, isto é, o conflito antes da elaboração normativa, entre a aparência e a realidade, só pode ser resolvido tendo em vista a finalidade a ser alcançada. Como já foi dito acima, a segurança jurídica é um dos valores, uma das pilastras do sistema jurídico. Segundo Carbonnier a segurança é uma necessidade jurídica elementar e implica estabilidade das situações adquiridas e na previsibilidade dos efeitos.⁷⁹

Dentro do histórico do sistema jurídico, sob o domínio do individualismo, poderia soar inconcebível que uma pessoa titular de um direito pudesse ser privada pelo disposto por uma outra. A propriedade já foi salvaguardada de maneira absoluta pelo Código Civil. Mesmo em uma abordagem estritamente lógica e metodológica, sempre a realidade deveria triunfar sobre a aparência.⁸⁰ Sendo a ordem jurídica dinâmica e não funcionando dentro de situações tão limitadas, como se verá logo a seguir, numerosas são as situações de fato, produzindo efeitos jurídicos.

Aparência não é negação do direito, até porque por ele foi expressamente tipificada. Mesmo não gozando de uma lógica pura, a proteção da aparência se reveste de uma lógica principiológica.

A teoria da aparência se apoia em uma estrutura neoliberal. Quando da feitura do Código Civil de 1916, imperava o liberalismo econômico que surgiu em consequência da luta histórica da burguesia para superar os obstáculos, que a or-

⁷⁷ J. P. ARRIGHI, *Apparence et réalité* cit., p. 3.

⁷⁸ L. F. COELHO, s.v. *Lógica jurídica*, in R. LIMONGI FRANÇA (coord.), *Enciclopédia Saraiva 50* cit., p. 446-447.

⁷⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, 12a ed., Paris, Presses Universitaires France, 1979.

⁸⁰ J. P. ARRIGHI, *Apparence et réalité* cit., p. 8.

dem jurídica feudal havia imposto ao livre desenvolvimento da economia. Portanto, trata-se de uma doutrina político-econômica que postulava a menor intervenção do poder estatal em benefício da liberdade individual. Tinha por substrato as teorias racionalistas e empiristas do Iluminismo e a expansão econômica gerada pela industrialização.

O Código Civil de 1916, sem dúvida, estava absolutamente permeado desse pensamento, sendo fácil constatar na análise, por exemplo, dos arts. 524, 526 e 1.079, entre tantos outros.

Já com o neoliberalismo houve a retomada dos valores ideais do liberalismo político-econômico iluminista. As democracias capitalistas contemporâneas passaram a adotar posições pragmáticas e ideologicamente definidas como “Estado mínimo”, isto é, passaram a defender a menor interferência possível na liberdade individual e nas atividades econômicas da iniciativa privada, mantendo e ampliando, de forma racional e eficiente, o bem-estar social.

No atual sistema jurídico, é fácil verificar-se o neoliberalismo no Código Civil, pois o mesmo está presente, por exemplo, no art. 1.228, § 1.º, ao estabelecer: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, não só a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Além do fator social, outra mudança trazida pelo neoliberalismo em face do Estado intervencionista é a mudança da ótica do lucro, pois faz pensar em um investimento a longo prazo. A riqueza não é mais considerada pela propriedade de bens, mas pela utilização desses bens. Tanto isso é verdade que passam a incidir institutos novos, como o direito de superfície, visto que a gestão dos bens passa a ter mais importância que a própria propriedade. A proteção do titular do direito acaba importando menos do que a proteção daquele que efetivamente o exerce. As transformações do eixo econômico implicam mudanças do sistema jurídico.⁸¹ A rapidez com que se operam as relações mercantis, inclusive via internet, somada à complexidade dos negócios celebrados, fazem com que a aparência não pareça mais uma aberração, mas uma necessidade vital do comércio jurídico.⁸²

2. ANTINOMIA ENTRE APARÊNCIA E REALIDADE

O conflito estabelecido entre a realidade e a aparência, que eleva a última a uma realidade jurídica, por opção do legislador, é um conflito axiológico. Há interesses em jogo: de um lado, os dos verdadeiros titulares que reclamam o restabele-

⁸¹ P. TRIMARCHI, *Instituzioni di diritto privato*, 10ª ed., Milano, Giuffrè, 1996. p. 654 e ss.

⁸² J. P. ARRIGHI, *Apparence et réalité* cit., p. 10-12.

CAPÍTULO III

TEORIA DA APARÊNCIA COMO CONFIANÇA LEGÍTIMA

1. INTRODUÇÃO

Conforme se verifica acima, o instituto da *Gewere* consistia numa relação potestativa de uma pessoa sobre o bem, fazendo presumir a titularidade do mesmo. Trazia como corolário último o poder de transferir e a oponibilidade *erga omnes* sobre a coisa. Aquele que era o titular da *Gewere* tinha, além da posse, ampla disponibilidade sobre a coisa. A aparência gerava publicidade e direito. Daí nasceu a relação de confiança da pessoa do titular da coisa com o terceiro adquirente (*Leibliche Gewere*), figura que autorizava e legitimava a transferência da titularidade de uma pessoa para outra. Com base nessa orientação foi construído o art. 1.153 do CC italiano que estabelece o princípio “A posse tem força de título”. Aqui, de acordo com MOSCHELLA, tem-se o ponto de partida da teoria da aparência.¹⁰⁰

No Brasil, o Código Civil não tem disposição assemelhada já que o Código Civil de 1916 determinava na segunda parte do art. 505: “Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”. O Código Civil sepultou a hipótese no art. 1.210, § 2.º, prevalecendo apenas o art. 923 do CPC/1973, o qual proibia a discussão possessória em matéria de propriedade, desconsiderando a figura da *exceptio proprietatis* e revogando a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal. Seguindo a mesma linha, o CPC/1973 determinou no art. 557:

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

Não se pode esquecer que a *norma agendi* (direito objetivo) é o arquétipo padrão de um comportamento hipotético humano, reiterado e que goza da grande probabilidade de ocorrer de maneira concreta, para gerar um efeito jurídico.¹⁰¹

¹⁰⁰ R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica* cit., p. 66.

¹⁰¹ M. H. DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001. p. 244.

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIOS ATINENTES À APARÊNCIA JURÍDICA

1. PANORAMA GERAL

1.1. Introdução aos princípios jurídicos

Segundo LARENZ, os princípios ético-jurídicos são critérios teleológico-objetivos de interpretação, com descrição expressa nas Constituições ou em leis.¹³⁹ Esses princípios implicam ideias jurídicas materiais e podem ter a incidência como a de uma analogia geral, por apresentarem a mesma *ratio legis*, tendo em vista expressarem uma força de convicção a eles inerente.

É fácil verificar que, por exemplo, a boa-fé e mesmo a aparência são, rigorosamente, hipóteses de princípios gerais. Tanto isso é verdade que é muito difícil haver um conceito pronto de boa-fé, o que se deve, no dizer de ZANELATO, à sua natureza contingente, relativa e móvel.¹⁴⁰

Os princípios jurídicos carecem de concretização. LARENZ informa que há vários graus de concretização. Salienta que, no grau mais elevado, o princípio não tem nenhuma especificação de previsão e consequências jurídicas, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana. Em um grau mais abaixo, há os subprincípios que estão longe de resultar em regra jurídica, na solução de um caso particular.¹⁴¹

¹³⁹ *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674.

¹⁴⁰ *Da boa-fé no direito privado*, Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 65. Conclui o mestre: “E tem de ser definido ou precisado pelo juiz no momento da aplicação da norma, segundo as convicções reinantes na sociedade e as circunstâncias especiais do caso”.

¹⁴¹ *Metodologia* cit., p. 675. Salienta o autor: “Os primeiros indícios de uma especificação de previsão e consequência jurídica e, portanto, do começo da formação de regras, mostram-nos princípios tais como o preceito de igual tratamento jurídico de situações de facto idênticas, o princípio da confiança, nas suas diversas vertentes, como, por exemplo, enquanto a proibição de retroactividade de leis desvantajosas ou como base de uma responsabilidade por confiança no direito privado, o preceito da salvaguarda da boa-fé em todas as relações jurídicas especiais, o princípio da culpa, o princípio da responsabilidade pelo risco e o de uma imputação daqueles riscos que alguém há de suportar mais directamente que outrem, enquanto critérios de uma responsabilidade por danos”.