

POR UM NOVO OLHAR ACERCA DA TEORIA DA APARÊNCIA: A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA¹

Louise Chrestani²

RESUMO: Através do presente trabalho, serão analisadas as possibilidades de incidência da Teoria da Aparência no âmbito das relações interpessoais, considerando-se, paralelamente a isso, a influência do Princípio da Boa-Fé Objetiva, a fim de que se averigüe a importância da observância de deveres de conduta – lealdade, honestidade e probidade – no trato das relações instituídas em sociedade, para além da consideração, apenas, dos deveres contratuais instaurados entre as partes. Outrossim, analisar-se-ão os efeitos decorrentes da violação a esses deveres de conduta, como forma de atingir os ideais de justiça e estabilidade sociais, fins precípuos do Estado Social Democrático de Direito.

Palavras-chave: teoria da aparência – boa-fé objetiva – dever de conduta – relações sociais – estabilidade social.

INTRODUÇÃO

De olho na dinâmica das relações sociais contemporâneas, considerando-se que estas tem se verificado cada vez mais fluidas, e dado o aumento significativo de formas e possibilidades de criação de vínculos interpessoais, verifica-se, do mesmo modo, um aumento considerável no que tange à quantidade de obrigações insatisfeitas.

A inobservância das obrigações geradas no trato das relações sociais, principalmente quando demonstrada a violação aos deveres de conduta de uma das partes que habita a negociação, não raras vezes, acaba gerando certa insegurança

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Mauro Fiterman, pela Prof. Maria Alice Costa Hofmeister e pelo Prof. João Paulo Veiga Sanhudo, em 26 de junho de 2013.

² Acadêmica do curso de Direito da PUCRS. E-mail: lou_chrestani@hotmail.com.

as mesmas, posto que lhes falta a perspectiva de serem restituídas pelos danos experimentados.

Dirimir a instabilidade gerada no âmbito das relações sociais, principalmente quando considerada a amplitude que essas relações podem atingir, não é tarefa fácil. Entretanto, certo é que não se pode deixar aqueles que primam pela observância das normas sociais de conduta à mercê da ausência de proteção jurídica, quando configuradas consequências danosas das mais variadas espécies.

Neste diapasão, o que se busca é a averiguação da possibilidade de remediação dos desequilíbrios verificados, através da incidência do princípio da boa-fé objetiva e da teoria da aparência, desejando-se analisar até que ponto a instauração desses dois institutos possui o condão de conferir maior estabilidade às relações instituídas em sociedade.

Desta feita, considerando a relevância que o tema tem alcançado, precipuamente, em razão do novo paradigma formado a partir da consolidação do princípio da boa-fé objetiva, bem como o interesse que a teoria da aparência tem despertado aos olhos da comunidade jurídica como um todo, é de suma importância que se realize um estudo mais detalhado acerca do assunto, especificando-se as possibilidades de incidência dos institutos e permitindo uma compreensão ampla, plena e apurada acerca da temática ora abordada.

1 DAS TRANSFORMAÇÕES ACERCA DO DIREITO OBRIGACIONAL: POR UM EXAME DO ADIMPLEMENTO NO CONTEXTO DAS MUDANÇAS

1.1 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO OBRIGACIONAL: DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO

Como ponto de partida para o estudo acerca das transformações que impulsionaram o desenvolvimento do direito obrigacional, adota-se o modelo liberal instituído pelo Código Civil de 1916, que expressava os ideais emanados das compreensões obtidas a partir da Revolução Francesa, e que instituiu uma

principiologia baseada na autonomia da vontade e na segurança das relações jurídicas, pautada na imutabilidade das condições contratuais avençadas³.

Nesse íterim, pactuava-se tendo em mente que os contratantes encontravam-se em pé de igualdade⁴, subordinados apenas ao mandamento legal vigente no período, e ao patrimônio envolvido na negociação⁵. Assim, entendia-se que, uma vez perfectibilizadas as contratações, as mesmas deveriam, impreterivelmente, ser cumpridas nos exatos termos em que haviam sido acordadas⁶.

Neste sentido, dispõe Agathe E. Schmidt da Silva⁷:

A doutrina da autonomia da vontade lastreia-se na concepção de que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A força obrigatória dos contratos origina-se da vontade dos contratantes, e à lei compete fornecer os instrumentos para assegurar às partes o cumprimento da avença.

Para o liberalismo econômico do século XIX, o contrato era um dos mais importantes institutos jurídicos, como instrumento da movimentação de riquezas na sociedade.

Na visão do liberalismo o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre os particulares. Se o indivíduo era livre e tinha a escolha de contrair, ou não, obrigações, também tinha o direito de defender-se contra a imposição de outras obrigações para as quais não tenha manifestado a sua vontade.

Paulatinamente, percebendo-se que os reais valores que deveriam estar sendo tutelados pelo direito obrigacional da época estavam sendo deturpados e substituídos por uma visão completamente individualista e antissocial⁸, aflorou a

³ SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 204-263, abr./jun. 2009, p. 351. O direito civil do século XIX, escrito sob a influência das ideias liberais da burguesia revolucionária que fez a Revolução Francesa, tinha como referenciais a liberdade contratual e a segurança das relações jurídicas. Valia o princípio da autonomia da vontade, que, presumindo os contratantes em situação de igualdade, permitia a todos celebrar contratos entre si, conforme julgassem conveniente, tendo como limite apenas a lei. O princípio do pacta sunt servanda determinava que, uma vez celebrados, os contratos precisavam ser cumpridos.

⁴ SILVA, A.E.S., 1996.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

⁶ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996. Na concepção tradicional do contrato, a relação contratual tem na sua base os princípios fundamentais da liberdade contratual e da obrigatoriedade ou vinculatidade do contrato. [...] A obrigatoriedade do contrato significa a vinculação das partes ao que foi por elas estipulado, a obrigatoriedade de cumprimento, sob pena de sanções previstas, que dizer, o contrato é lei para as partes.

⁷ SILVA, A.E.S., 1996.

⁸ LÔBO, 2005, p. 6. “Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade.”

necessidade de relativização da autonomia da vontade, conforme expõe Jorge Cesa Ferreira da Silva⁹:

A autonomia privada exige ser compreendida de modo funcional: seja no campo da dignidade da pessoa humana, seja no campo econômico em sentido estrito. Essa interpretação funcional da autonomia privada vai além das noções normalmente propostas, nas quais se preessupõe, seguramente como resquício iluminista, a existência do binômio liberdade prévia ilimitada x limites estatais. [...]

O que se busca demonstrar é que a autonomia privada, lastreada naquilo que sustenta todo o ordenamento, a Constituição Federal, não é mais ou menos importante que os demais princípios, assim como que tem uma função e uma racionalidade que justificam e explicam, pelo mesmo ordenamento, as competências normativas privadas. O fundamento da autonomia, portanto, não impõe os limites. Impõe, isto sim, um perfil. Molda as feições daquilo que vai nascer, mas não retira as potências do já nascido.

Neste lastro, surge a Constituição Federal de 1988, a grande incorporadora dos novos ideais sociais, tão necessários ao adequado desenvolvimento do nosso ordenamento. A institucionalização do Estado Social Democrático de Direito permitiu um novo olhar acerca do direito civil como um todo, e, principalmente, do direito obrigacional, que passou a ser analisado sob um novo enfoque, primando pelo solidarismo e por relações jurídicas cada vez mais justas e humanizadas¹⁰.

Ressalta-se, entretanto, que o primado da autonomia da vontade não deixou de ter seu campo de incidência nas relações jurídicas¹¹. Entretanto, a atual autonomia privada cede espaço para alguns outros princípios que possuem o escopo de limitar o campo de incidência das ideias liberais, tornando a relação jurídica muito mais harmonizada.

⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 119-146, p. 126.

¹⁰ MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 73.

¹¹ *Ibid.*, p. 79. A autonomia privada atual, mais restrita que a da vontade, é um poder, mas derivado do ordenamento jurídico estatal que o reconhece e que, também, fixa limites cada vez mais crescentes num Estado Democrático-Social, limites estes fixados a priori pelas leis ou que se manifestam a posteriori, como no caso das decisões judiciais que invalidam o ato que não observa os limites. O pressuposto da autonomia é a liberdade como valor jurídico, e à medida em que a vontade das partes se manifesta plena e livremente dentro dos limites impostos pelo ordenamento, será um instrumento de realização de justiça. Assim, mesmo que se reconheça serem os particulares os melhores conhecedores de seus próprios interesses, não se pode deixar de considerar a importância da imposição de limites a esse princípio das obrigações, isto é, o da autonomia, que está submetido a uma revisão crítica, a qual se manifesta na redução do campo de sua aplicação, embora permaneça como essência do negócio jurídico.

Nesta esteira, tem-se que uma das maiores restrições impostas à máxima da autonomia da vontade provém da implantação do princípio da boa-fé, que emana como um elemento ético-social, que cria alguns deveres de conduta a serem observados pelas partes, prima pela convivência pacífica entre as pessoas, e permite a tutela da confiança e do dever de lealdade¹².

Assim, resta claro que o desenvolvimento de normas de conduta a serem observadas pelos contratantes transcende a uma simples mudança de enfoque, vazia e sem propósito. A transformação do direito obrigacional contemporâneo vem calcada em princípios de direito fortes o suficiente para conferir maior proteção ao indivíduo que convive em sociedade, colocando-o em posição de destaque e como principal objeto de tutela das codificações atuais.

1.2 O ADIMPLENTO NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES

O adimplemento (que não deve ser tratado como simples sinônimo de “pagamento”¹³) deve ser entendido como uma das formas de extinção da obrigação contraída pelo devedor, através da satisfação da mesma, na forma como restou determinado entre as partes, ou conforme o disposto em lei, de modo que a sua concretização depende do atendimento às condições de tempo, lugar e modo previamente estipuladas¹⁴.

¹² LÔBO, 2005, p. 83. A aplicação da boa-fé à situação concreta depende do grau de intensidade da autonomia privada efetiva dos figurantes do negócio jurídico, do que Judith Martins-Costa denominou horizontalidade ou verticalidade, simetria ou assimetria da relação jurídica. Quanto maior o peso da horizontalidade, maior o espaço da autonomia privada, e, conseqüentemente, menor a intensidade da aplicação da boa-fé. Ao contrário, quanto mais diminuto o espaço da autonomia, maior a intensidade da boa-fé.

¹³ WALD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, 2. Com a colaboração dos professores Semy Glanz, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81. O pagamento é direto quando ocorre a execução voluntária da obrigação e indireto quando a obrigação não se extingue pela forma previamente estabelecida, mas por dação em pagamento (entrega de objeto diferente do prometido), novação (modificação objetiva ou subjetiva da relação jurídica originária), compensação (extinção do débito do devedor em favor do credor em virtude da existência de outro do credor em favor do devedor), transação (acordo entre as partes para a liquidação das obrigações), confusão (quando as situações de credor e de devedor se confundem na mesma pessoa) ou pela remissão ou perdão da dívida.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 98. Destinando-se ao adimplemento, a obrigação encontra sentido na execução direta e exata da prestação – ou seja, na realização pelo devedor no tempo, no modo e nas condições ajustadas à sua consecução e à sua exaustão. Com efeito, o adimplemento constitui, simultaneamente, finalidade e modo de extinção da obrigação.

A concepção clássica sustentava a completa imutabilidade desses elementos, defendendo a impossibilidade de relativização dos mesmos em face da ocorrência de qualquer situação ímpar verificada no caso concreto.

A evolução da nossa sociedade, entretanto, exigiu que o instituto do adimplemento não fosse tratado de forma tão simplista, tornando imperiosa a análise das relações jurídicas obrigacionais com base nos casos concretos e à luz de diversos princípios que passaram a dominar o cenário jurídico mundial¹⁵. Destaca-se, no nosso ordenamento, o artigo 422¹⁶ do Código Civil, que prevê de forma expressa a necessidade de os contratantes atentarem aos deveres de boa-fé e probidade no momento da perfectibilização da contratação¹⁷.

À luz desse novo preceito, operou-se um significativo alargamento dos deveres dos contratantes (tanto devedor quanto credor), que, para além das cláusulas fechadas, expressamente constantes no negócio perfectibilizado, passaram a ter a obrigação de atender a deveres diversos.

Acerca da mudança de paradigmas verificada, aduz Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁸:

Todavia, a evolução do direito fez despontar deveres de conduta, cujos fundamentos axiológicos se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter “caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento”, referido por Larenz, que tanta influência exerceu e exerce na civilística brasileira. Os deveres de conduta, hauridos de equivalentes princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites externos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos que irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implica a dos outros.

¹⁵ SANTOS, 2009, p. 206. O direito privado está passando atualmente por uma mudança de paradigmas, em que abandona a visão estritamente individualista, concebida sobre um sistema jurídico fechado, pautada essencialmente pelos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, para admitir princípios sociais, como a função social da propriedade, a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e a necessidade de equilíbrio contratual.

¹⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 409-410.

¹⁸ LÔBO, 2005, p. 77-78.

O propósito de instituir às partes¹⁹ a obrigação de agir em conformidade com uma postura íntegra e honesta²⁰ fez com que o princípio ora em pauta passasse a ser considerado uma espécie de “cláusula geral” de todos os contratos perfectibilizados com base nas normas atualmente vigentes no nosso país²¹.

Assim, no contexto de todas as transformações verificadas, não há que se cogitar o desenrolar de uma contratação sem considerar as cláusulas gerais fixadas, não através de disposições contratuais concretas, mas de maneira implícita.

O instituto do adimplemento, em sua acepção habitual, traduz-se no atendimento das disposições contratuais delineadas no momento do ajuste do negócio jurídico. A concepção contemporânea, *a contrario sensu*, busca, obrar os interesses efetivamente perseguidos pelas partes através da contratação.

Nesse norte é que passa a despontar uma nova teoria, denominada “Violação Positiva do Contrato”²², que surge com o fim precípua de fundamentar o “inadimplemento” decorrente do desatendimento aos deveres laterais de conduta impostos pela boa-fé objetiva.

Quanto a esta nova tendência doutrinária, aduz Raphael Manhães Martins²³:

Modernamente, com o aprofundamento da separação dogmática entre a Violação Positiva do Contrato e a dicotomia clássica, a doutrina tem defendido que em caso de Violação Positiva do Contrato estar-se-á diante não de mora, mas de responsabilidade civil pelos prejuízos causados.

¹⁹ MARTINS, F.A., 2000, p. 82. Tal dever, em primeiro lugar, dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao sentido da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar. Em segundo lugar, dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte. Por último, dirige-se de forma dinâmica a todos os participantes da relação jurídica em questão, para que se conduzam com uma consciência honrada.

²⁰ MARTINS, F.A., 2000, p. 83.

²¹ SCHREIBER, Anderson. A tríplíce transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 3-27, out. 2007, p. 11. Sob o império a boa-fé objetiva, o comportamento das partes antes e depois do cumprimento da prestação principal passa a produzir efeitos jurídicos diferenciados, que podem mesmo ultrapassar, em importância, aqueles que resultam do cumprimento em si. Em um cenário marcado por relações contratuais duradouras, torna-se não apenas um direito, mas um efetivo dever de ambas as partes diligenciar pela utilidade da prestação antes, durante e depois do seu vencimento, para muito além do momento pontual de sua execução.

²² SCHREIBER, 2007, p. 15-16. Desenvolvida pelo jurista alemão, Hermann Staub, no início do século XX, a violação positiva do contrato nasce não como um instituto rigidamente definido, mas como uma noção ampla e flexível destinada a absorver hipóteses de descumprimento não contempladas pelo BGB, em especial aquelas relacionadas ao mau cumprimento da prestação.

²³ MARTINS, Raphael Manhães. A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 250-289, jan. 2008, p. 285-286.

Como tal, haverá além do direito de perdas e danos pelos prejuízos causados, o direito de resolução do contrato, tal como se tratasse do não cumprimento culposo do dever de prestação.

Assim, contemporaneamente, tem-se considerado que o “crédito” e o “débito”²⁴ não figuram com os principais elementos da negociação perfectibilizada²⁵, já que deve-se atentar, outrossim, aos deveres de lealdade e honestidade, bem como as expectativas criadas a partir da conduta adotada pelas partes contratantes²⁶.

Desta feita, latente que a transformação operada no instituto do adimplemento, paralelamente à instituição do princípio da boa-fé, permitiu o desabrochar de negócios jurídicos mais éticos e humanizados, aspirando tornar cada vez mais justas as relações obrigacionais perfectibilizadas.

2 A TEORIA DA APARÊNCIA: POSITIVAÇÃO, DEFINIÇÕES E REPERCUSSÕES

2.1 O CONCEITO DA TEORIA DA APARÊNCIA E A SUA POSITIVAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Entende-se que a aparência²⁷ capaz de conferir direitos ao seu titular é aquela verificada nos casos em que uma situação de fato apresenta como

²⁴ O que permite que os sujeitos que constituem os polos da relação jurídica obrigacional se relacionem entre si é a existência de um vínculo jurídico – denominado vínculo obrigacional – que cria inúmeras e distintas obrigações entre as partes. A necessidade de satisfação dessas obrigações é consequência do *dever de prestar* do devedor e do *direito de exigir* do credor, que surgem em face da existência de um fato jurídico constituído pela vontade das partes.

Desta feita, é o referido vínculo que permite que o credor busque a satisfação dos seus direitos, inclusive, pela via judicial, quando verificada a ausência de cumprimento da prestação a que se comprometeu o devedor, na forma como ajustada entre as partes.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n.25, p. 229-281, 2003, p. 257.

²⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 270. A boa-fé expande as fontes dos deveres obrigacionais, posicionando-se ao lado da vontade e dotando a obrigação de deveres orientados a interesses distintos dos vinculados estritamente à prestação, tais como o não-surgimento de danos decorrentes da prestação realizada ou a realização do melhor adimplemento. A relação jurídica obrigacional passa a ser compreendida, assim, como entidade complexa, de sorte que o descumprimento de um de seus deveres possa afetar a eficácia de todo o conjunto. Desta forma, há que se atentar para as hipóteses de inadimplemento dos deveres laterais, tais como deveres de proteção, de lealdade e cooperação, deveres de informação e esclarecimento.

²⁷ MALHEIROS, Álvaro. **Aparência de Direito** In Tepedino, Gustavo e Facchin, Luz Edson Org. **Obrigações e Contratos: obrigações: estrutura e dogmática** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v.1, p. 955-1006. p. 959-960. “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,

verdadeira uma realidade que, efetivamente, não o é. Nesse caso, a necessidade de se conferir proteção àquele que, de boa-fé, realizou um negócio jurídico, impõe que a situação aparente surta os mesmos efeitos jurídicos da situação que aparentou ser, de modo que um fenômeno que não existiu acaba gerando efeitos, como se real fosse²⁸.

A teoria da aparência, desta feita, busca corroborar as situações em que a exteriorização de um fato faz surgir uma realidade interior calcada na aparência de veracidade. Esta situação, entretanto, não representa uma exteriorização autêntica da realidade, e cria um direito subjetivo novo ao indivíduo que incorreu em erro, baseado na necessidade de se tutelar a situação aparente como se real fosse.

Da forma como atualmente se apresenta, a teoria ora em análise vem calcada em três escolas principais²⁹. A escola alemã vincula a aparência de direito ao princípio da publicidade e à forma apresentada pelo título³⁰. A teoria francesa trabalha com a máxima do *“error communis facit jus”*, ou do erro comum³¹. Por fim,

semelhante. 4) verossímil, provável. 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 ideia de imaginário, de fingido ou simulado; de suposto; de provável ou verossímil; de exterior, ainda que seja apenas visível, o evidente, o que se mostra ou aparece à vista, o manifesto. 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.”

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. **Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1982. v. 24, p.223. *“É o que se denomina teoria da aparência, pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé. Ela se apresenta quando os atos são realizados ‘por uma persona enganada por uma situação jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera’ (José Puig Brutau, Estudios de Derecho Comparado, La Doctrina de los Actos Proprios, Ediciones Ariel, Barcelona, 1951, p. 103).”*

²⁹ BORGHI, Hélio. Ausência e aparência de direito, erro e a simulação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 734, p. 764, dez. 1996. *“A chamada ‘teoria da aparência’ tem sido objeto de alguns estudos aprofundados no presente século, continuando, porém, a ensejar inúmeras dúvidas e contradições, pois há várias correntes que a fundamentam ora na doutrina alemã (...), ora na doutrina francesa (...), ora na doutrina italiana (...), correntes essas que se combatem mutuamente, apontando falhas e incongruências umas das outras, demonstrando nessa batalha de opiniões a enorme dificuldade que o tema oferece, tanto para a conceituação da aparência como para a caracterização de sua natureza jurídica, ou ainda na sua fundamentação.”*

³⁰ GLANZ, Semy. Aparência e o direito. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro, 1971. v.24, p. 73.

³¹ KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 122-123. *“Esta nova orientação tem por ponto de partida a decisão do caso ‘Banque Canadienne Nationale c. Directeur Général des Impôts’, em 13 de dezembro de 1962: o presidente do Banco havia subscrito uma caução em nome da instituição financeira sem poderes para fazê-lo, mas o Tribunal reconheceu que o Banco estava vinculado uma vez que, naquelas circunstâncias, a outra parte (Administração Pública) não estava obrigada a exercer uma pesquisa exaustiva acerca de poderes especiais dos administradores do banco – passa-se assim da exigência de um erro invencível para a suficiência de uma crença legítima.”*

segundo a teoria italiana, considera-se aplicável a aparência de direito quando esta resultar de uma situação objetiva na qual puder se fundar o terceiro de boa-fé³².

O ordenamento jurídico brasileiro não positiva a teoria em uma norma jurídica expressa, e não há, da mesma forma, uma justificativa uniforme para a sua aplicação³³. Apesar disso, é implícita a sua expressão em alguns dispositivos que tratam da proteção ao sujeito de boa-fé³⁴, à exemplo do que se verifica no âmbito do Direito Empresarial³⁵ – artigo 1.015³⁶ do CC –, no caso do herdeiro aparente³⁷ – artigo 1.817³⁸, CC –, do mandato aparente – art. 689³⁹, CC –, da alienação feita por proprietário aparente em leilões ou estabelecimento comercial⁴⁰ – artigo 1.268⁴¹, CC

³² GLANZ, Semy. Aparência e o direito. **Revista de Jurisprudencia do Tribunal de Justica do Estado da Guanabara.**, Rio de Janeiro, 1971. v.24. p. 73.

³³ BORGHI, Hélio. Ausência e aparência de direito, erro e a simulação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 734, p. 764, dez. 1996. “*Entretanto, os direitos nascidos e sustentados através de formalizações ou publicidade, demonstrando uma aparência de realidade, genericamente, não seriam casos de aparência de direito, no sentido estrito, mas sim de aparência no Direito, já que têm seu fundamento e sua tutela em institutos definidos, devendo ser entendido como objeto da aparência de direito a manifestação de ‘algo realmente novo’, não preexistente, não se fundamentando em nenhum outro princípio para existir, se não na sua própria ‘aparência’, como destaca Malheiros, baseado em Falzea. Seria, então, a aparência de direito uma situação de fato que sugere como verdadeira uma situação jurídica que não o é, mas capaz de criar um direito subjetivo a favor de quem tomou certo aspecto como manifestação de uma situação jurídica verdadeira, por causa do seu erro e da sua boa-fé, ainda que em sacrifício da própria realidade, ou seja, na aparência de direito um fenômeno não real acaba apresentando-se como verdadeiro.*”

³⁴ KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 117.

³⁵ SMITH, Juliane Machado. Teoria da aparência: uma análise crítica aos artigos 50 e 1.015 do Código Civil de 2002. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 77, jun. /jul. 2010.

³⁶ Art. 1.015 do Código Civil.

“Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.”

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. **Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.**, Porto Alegre, 1982. v.24, p. 228-229.

³⁸ Artigo 1.817 do Código Civil.

“Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos.

Parágrafo Único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.”

³⁹ Artigo 689 do Código Civil.

“Art. 689. São válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa.”

⁴⁰ KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 118.

⁴¹ Artigo 1.268 do Código Civil.

–, da capacidade aparente – CC, artigo 180⁴² –, do casamento putativo⁴³ – artigo 1.561⁴⁴, CC – e, finalmente, do credor putativo – CC, artigos 309 e 311.

No caso do mandato aparente⁴⁵, por exemplo, podem ser considerados válidos os negócios efetuados com aquele que não tinha poderes para tanto, mas que, objetivamente, transparecia estar apto para realizar os referidos atos⁴⁶.

Já no caso do credor putativo (artigos 309 e 311 do Código Civil)⁴⁷, tem-se que o pagamento efetuado, de boa-fé, a quem aparenta estar na condição de credor – por estar portando a quitação, por exemplo – deve ser reputado válido⁴⁸. É visto

“Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

§1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição.

§2º Não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo.”

⁴² Artigo 180 do Código Civil.

“Art. 180. O menor, entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.”

⁴³ KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.).. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 118.

⁴⁴ Artigo 1.561 do Código Civil.

“Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. **Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.**, Porto Alegre, 1982. v.24, p.227-228. “A pessoa, que não tem poder de representação, pode, em certas circunstâncias, ter de ser considerada (sem no ter) como se o tivesse, se aquele com quem trata há de entender como tal. (...) Quem dá poderes alguma vez, sem ser por escrito, e procede de modo a justificar-se a crença alheia na continuação, ou repetição, da relação jurídica estabelecida, há de responder por isso. (...) A favor do terceiro é que se concebe a eficácia de tal aparência, permitindo-se-lhe alegá-la, de modo a que se tenham de considerar produzidos os efeitos do ato jurídico, quer se trate de direitos, ou de deveres, quer de pretensões e obrigações, ou a que se lhe preste a indenização pelo ato ilícito absoluto (art. 159) do que se disse representante ou dos dois, outorgante aparente e outorgado aparente (Tratado de Direito Privado, III/253, 3ª ed., 1970, Borsói, São Paulo, § 311, n. 4).”

⁴⁶ KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.).. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 120.

⁴⁷ Artigo 309 do Código Civil.

“Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.”
Artigo 311 do Código Civil.

“Art. 311. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante.”

⁴⁸ KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.).. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p. 118.

como credor putativo⁴⁹, portanto, aquele que se apresenta, aos olhos de quem deseja quitar o seu débito, como o credor legítimo, quando, em verdade, não o é.

Sobre o tema, pontua Sílvio de Salvo Venosa:

“Para a estabilidade das relações negociais, o direito gravita em torno de aparências. As circunstâncias externas, não denotando que o portador da quitação seja um impostor, tornam o pagamento válido.

(...)

Quando chegamos ao caixa de um banco e efetuamos um pagamento, não temos necessidade de averiguar se a pessoa que recebe é funcionária da instituição financeira. Na verdade, a aparência é uma forma de equilíbrio de toda vida social.

(...)

A lei condiciona a validade do pagamento ao fato de o accipiens ter a aparência de credor e estar o solvens de boa-fé. Restará ao verdadeiro credor haver o pagamento do falso accipiens.”⁵⁰

As primeiras noções de direito obrigacional, previam que o pagamento efetuado a quem não estivesse, de fato, na condição de credor, não poderia ser considerado válido em hipótese alguma, sobretudo em face do pensamento eminentemente majoritário de que “*quem paga mal, paga duas vezes*”.

O pagamento realizado a credor putativo, assim, surgiu como uma clara expressão da possibilidade de consideração da aplicação da teoria da aparência e da incidência do princípio da boa-fé nas relações contratuais, que constituem algumas das maiores evoluções verificadas em termos de adimplemento no ordenamento moderno.

2.2. DEFINIÇÕES E REPERCUSSÕES DA TEORIA DA APARÊNCIA EM SEDE OBRIGACIONAL E O ADIMPLENTO

A aparência de direito, nesse norte, busca possibilitar que a situação manifestada surta os mesmos efeitos da situação fática que transpareceu ser. Assim, um fenômeno materialmente existente permite, objetivamente, a manifestação de um outro fenômeno, que, por sua vez, não é real, mas que pode gerar os mesmos efeitos pretendidos por aquele que agiu imbuído de boa-fé.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos** – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 190-191.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos** – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 190-191.

Para tanto, alguns requisitos devem, impreterivelmente, incidir no caso concreto: são requisitos objetivos *a)* existência de uma situação de fato que permite a manifestação de uma segura realidade de direito *b)* a ordem geral e natural das coisas deve corroborar a criação dessa situação de direito *c)* preenchidas essas condições, o titular aparente deve se apresentar como se legítimo fosse, e o direito como se realmente existisse; e requisitos subjetivos, por sua vez, o fato de que *a)* o indivíduo que acreditou na existência da situação aparente deve, impreterivelmente, ter incorrido em erro e estar imbuído de boa-fé, e *b)* o erro no qual incorreu deve ser escusável, segundo a situação pessoal de quem nele incidir.

Em suma, considera-se que a situação fática apresentada ao indivíduo⁵¹ deve ser de tamanha ordem que possibilite a criação de uma aparência efetiva de uma realidade jurídica⁵². De outra banda, exige-se que o erro no qual o devedor venha a incorrer seja escusável, o que deve ser medido conforme o parâmetro do homem médio, não havendo que se exigir que a conduta adotada pelo mesmo transcenda às suas próprias habilidades ou conhecimentos normais.

Presentes esses requisitos, tem-se que o ato aparente deva, impreterivelmente, gerar os mesmos efeitos do ato perfeitamente acabado⁵³. Isso porque, a teoria da aparência⁵⁴, atualmente, tem sido entendida como uma verdadeira expressão da tão almejada estabilidade social⁵⁵, que impede que aquele que agiu de boa-fé seja compelido a arcar com nova dívida, uma vez que todas as

⁵¹ RIZZARDO, 1982, p. 224.

⁵² GLANZ, 1971, p. 73.

⁵³ MALHEIROS, 2011, p. 997. 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.

⁵⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 43-70, out./dez. 2007, p. 61. Em seu texto, menciona uma importante passagem de Angelo Falzea defendendo a acolhida da aparência de direito como princípio: Não acreditamos que possa ser contestada a legitimidade do princípio jurídico da aparência, deduzido de inequívocas disposições do nosso direito positivo. Não acreditamos tampouco que com isso se possa negar uma amplitude que transcenda o âmbito das singulares figuras legislativamente disciplinadas: das quais, no curso desta exposição, são evocadas apenas as mais seguras. Deve convencer, nesse sentido, sobretudo o amplo emprego que a jurisprudência vem dando ao princípio, índice indubitável da perspectiva diversa que o princípio assumiu no direito vivo, e que não pode ser ignorada pela ciência jurídica' (tradução livre).

⁵⁵ MALHEIROS, 2011, p. 1001. 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.

situações que, objetivamente, lhe foram apresentadas, fizeram-no crer na existência da titularidade do direito⁵⁶.

Nesse sentido, leciona Hélio Borghi⁵⁷:

Daí, dessa limitação de emprego, resulta que a aparência de direito, quando ocorrida efetivamente, fundamenta-se na questão emergente do conflito entre a declaração de vontade e os seus elementos, e tem como objetivo a preservação da eficácia da manifestação de vontade de quem praticou algum ato ou negócio jurídico convicto da realidade ou da titularidade de direitos, daí tal vontade dever sempre se sobrepor à do titular verdadeiro e à dos que não quiseram, em verdade, vincular-se aos atos ou negócios encetados, que seriam, então, só de fato, e não jurídicos, por falta da referida titularidade ou realidade de direitos.

Ressalta-se que há certa fatia doutrinária que ainda combate completamente a possibilidade de aplicação da aparência de direito⁵⁸, e inclusive, nega veementemente a sua natureza principiológica⁵⁹. Veja-se, entretanto, o que aduz Hélio Borghi⁶⁰ no que diz com o contraponto da argumentação utilizada por quem contesta a possibilidade de incidência da teoria:

De enfatizar-se que a aparência de direito não cria vantagens ao aparente titular de direito, já que este pode saber de sua posição, e teria obrado com má-fé, e até pelo contrário, poderá ser responsabilizado judicialmente para recomposição de prejuízos e perdas e danos; porém, o princípio em estudo cria diretamente direitos em proveito de terceiros, que, sob o fundamento da aparência de direito, priva o verdadeiro titular de todas, ou de alguma parte de suas prerrogativas da titularidade. De Mattia entende que este “é o preço da eficácia do sistema: os direitos adquiridos por terceiros, graças ao desempenho da teoria da aparência, são oponíveis ao verdadeiro titular do direito”, daí a importância da estrita observância das regras elencadas infra, para a devida caracterização dos efetivos casos de aparência de direito.

Arnaldo Rizzardo⁶¹, citando Orlando Gomes, ressalta as três principais justificativas que servem de fundamento para o desenvolvimento da teoria da aparência enquanto princípio de direito:

⁵⁶ RIZZARDO, 1982, p. 225. Na espécie tratada, sobressai sempre a boa-fé, determinante da decisão tomada pelo agente. Esta a razão que leva a se atribuir valor ao ato perpetrado por alguém enganado por uma situação jurídica contrária à realidade, mas revestida exteriormente por características de uma situação jurídica verdadeira. Quem dá lugar a uma situação jurídica enganosa, ainda que sem o deliberado propósito de induzir a erro, não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o direito de quem depositou confiança na aparência.

⁵⁷ BORGHI, Hélio. **Teoria da aparência no direito brasileiro**. São Paulo: Lejus, 1999, p. 50.

⁵⁸ RIZZARDO, 1982, p. 225.

⁵⁹ MARTINS, G. M., 2007, p. 61-62.

⁶⁰ BORGHI, 1999, p. 45-46.

⁶¹ RIZZARDO, 1982, p. 226-227.

O princípio da proteção aos terceiros de boa-fé e a necessidade de imprimir segurança às relações jurídicas justificam a aparência. Orlando Gomes aponta três razões principais, que servem, igualmente, de fundamento: '1 – para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico; 2 – para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade do que evidencia a aparência; 3 – para não tornar mais lenta, fatigante e custosa a atividade jurídica. A boa-fé nos contratos, a lealdade nas relações sociais, a confiança que devem inspirar as declarações de vontade e os comportamentos exigem a proteção legal dos interesses jurisformizados em razão da crença em uma situação aparente, que tomam todos como verdadeira' (Transformações Gerais do Direito das Obrigações, Ver. Dos Tribs., São Paulo, 1967, p. 96).

Destaca-se, dentre as justificativas mencionadas pelo autor, que a dinâmica das relações sociais atuais prescinde de um certo grau de prevenção para a perfectibilização dos negócios jurídicos. Isso porque, exigir que os indivíduos se antecipem em demasia aos possíveis enganos em que possam incorrer acabaria tornando a vida em sociedade algo completamente tumultuado e desordenado⁶².

Ademais, a tutela⁶³ da confiança, através da edificação da teoria da aparência, permite uma significativa relativização da concepção individualista até então em voga no direito privado⁶⁴.

Desta feita, apesar de algumas incongruências doutrinárias ainda impedirem que o tema seja tratado de forma mais consistente, latente o importante papel exercido, hodiernamente, pela teoria da aparência, que busca revolucionar o direito obrigacional e o instituto do adimplemento, permitindo a tutela do primado da boa-fé, da confiança, da justa expectativa e dos deveres de lealdade e honestidade.

⁶² MARTINS, G. M., 2007, p. 45. A conduta individual tende a ser simplificada, reduzindo-se os custos e o esgotamento psicológico que significaria pretender entender cada um dos sistemas com os quais o indivíduo interage. Um ser racionalmente orientado não poderia viver, porque deveria solicitar informações sobre cada sistema, conhecê-lo, para daí sim agir.

⁶³ Ibid., p. 45. Mencionando Luiz Edson Fachin, disserta: A revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o direito civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais. Expressando o abrigo jurídico de intenções e negociações tendentes à formação de um contrato, a confiança pode mostrar-se numa configuração jurídica de dupla possibilidade. De um lado, a conclusão de contrato por comportamento concludente, cujo rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo ou de adimplemento mediante a quebra de dever jurídico. De outra parte, ainda mais importante, a violação da confiança pode atingir o interesse negativo ou da boa-fé, gerando em ambas as hipóteses efeitos jurídicos, especialmente indenização, compreendendo danos emergentes e lucros cessantes.

⁶⁴ LEÃO, Antônio Carlos Amaral; RÊGO, Gerson Ferreira do. A aplicabilidade da teoria da aparência nos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 30-33, abr. 1987, p.33. Assim, a exigência da preservação da segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé justificam o acolhimento da teoria da aparência, que, ao nosso ver, deveria ser objeto de maiores estudos dos juristas brasileiros, tal a sua importância no mundo dos negócios jurídicos.

3 A TEORIA DA APARÊNCIA ATRAVÉS DE UM NOVO OLHAR: DA EVIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

3.1 DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA BOA-FÉ SUBJETIVA

A primeira noção de boa-fé verificada no ordenamento civil brasileiro foi instituída pelo Código Civil de 1916, que continha alguns dispositivos que contemplavam a premissa da boa-fé em sua acepção subjetiva, conforme se denota da análise do seguinte arresto, julgado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça⁶⁵:

LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. CREDOR PUTATIVO. ART. 935, CC. TEORIA DA APARENCIA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - DEMONSTRADO QUE O LOCATARIO TEVE INEQUIVOCA CIENCIA DA ALIENAÇÃO DO IMOVEL E DE QUE DEVERIA PAGAR OS LOCATIVOS DAI POR DIANTE AO NOVO PROPRIETARIO, NÃO SE HA COMO REPUTAR VALIDO O PAGAMENTO REALIZADO AO ALIENANTE.

II - A INCIDENCIA DA TEORIA DA APARENCIA, EM FACE DA NORMA DO ART. 935 DO CODIGO CIVIL, CALCADA NA PROTEÇÃO AO TERCEIRO DE BOA-FE, RECLAMA DO DEVEDOR PRUDENCIA E DILIGENCIA, ASSIM COMO A OCORRENCIA DE UM CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS QUE TORNEM ESCUSAVEL O SEU ERRO.⁶⁶

No referido julgado, exalta-se, unicamente, o viés subjetivo do princípio da boa-fé, pois se analisa, tão somente, se seria possível, ou não, que o indivíduo desenvolvesse a confiança e a justa expectativa aptas a ensejar a aplicação da teoria da aparência ao caso concreto.

A boa-fé subjetiva, também denominada boa-fé crença, leva em consideração o estado psicológico do agente, fundado em um estado de ignorância escusável. É a

⁶⁵ O seguinte julgado também demonstra a análise da boa-fé subjetiva unicamente.

MANDATO. RENUNCIA INOPERANTE EM RELAÇÃO A TERCEIROS DE BOA-FE. TEORIA DA APARENCIA. A SITUAÇÃO PECULIAR DO NEGOCIO JURIDICO CELEBRADO ENSEJOU AO TRIBUNAL 'A QUO' A APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 1.318 DO CODIGO CIVIL, ASSIM COMO A INCIDENCIA DA TEORIA DA APARENCIA. IMPUTAÇÃO DE MA-FE A TERCEIROS, QUE EXIGE, TODAVIA, O REEXAME DE MATERIA PROBATORIA, DEFESO NA INSTANCIA EXCEPCIONAL (SUMULA N. 07/STJ). AGRAVO IMPROVIDO.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 18.784/PR. Relator: Ministro Barros Monteiro. Quarta Turma. Julgado em: 17 fev. 1993. **DJ** 5 abr. 1993, p. 5841)

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 12.592/SP. Relator: Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Julgado em: 23 mar. 1993. **DJ** 26 abr. 1993, p. 7212.

íntima convicção do indivíduo que realiza qualquer ato de natureza jurídica, de modo que o mesmo se julga titular de um direito que, em verdade, não existe.

Nos dizeres de Judith Martins-Costa⁶⁷, a boa-fé subjetiva assim pode ser entendida:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

[...]

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição 'egoística' à literalidade do pactuado.

Entretanto, não há como negar que é na concepção objetiva⁶⁸ da boa-fé, inaugurada a partir da instituição do Estado Social⁶⁹, que as relações obrigacionais encontram um respaldo maior⁷⁰.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, 2000, p. 411.

⁶⁸ REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais da Arbitragem**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 11-13, jul./set. 2003, p. 12. Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.

Daí a necessidade de ser ela analisada como 'conditio sine qua non' da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do Direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.

⁶⁹ SAMPAIO, Marília de Ávila E Silva. Estudos sobre a teoria da boa fé objetiva. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 68, n. 1, p. 16-38, 2002, p. 16. Daí a importância do estudo proposto, pois o mesmo se insere num processo de retomada da consciência ética no Direito Civil, sobretudo no direito das obrigações, libertando-se do cunho estritamente voluntarista e patrimonialista, com vistas à realização dos valores supremos inseridos no texto constitucional, com destaque para o valor relativo à dignidade da pessoa humana.

⁷⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Panorama da boa-fé objetiva In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17-53. p. 22. A aplicação do princípio ora em análise pode ser verificada em vários exemplos, valendo ressaltar que é no Direito das Coisas que a boa-fé possuía maior importância, até bem pouco tempo atrás. Todavia, a conotação que ganhou hoje a boa-fé é bastante diferente daquela exigida nos Direitos Reais, já que nestes a mesma se

A boa-fé⁷¹, em sua forma objetiva⁷², quer significar a instauração de alguns deveres de conduta que devem, impreterivelmente, ser observados pelos indivíduos participantes da negociação. São deveres que possuem a pretensão de estabelecer um modelo de conduta social, determinando que os indivíduos atentem aos ideais de honestidade e lealdade durante todos os momentos da contratação⁷³.

Acerca da amplitude da determinação conceitual da boa-fé objetiva⁷⁴, dispõe Judith Martins-Costa⁷⁵:

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontrovertidamente, regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias. Solução jurídica, repito, e não de cunho moral, advindo a sua juridicidade do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerando este de modo aberto.

apresentava com uma visão subjetivista e, atualmente, principalmente em matéria de contratos, é em seu caráter objetivo que ela se apresenta.

⁷¹ MARTINS, F. A., 2000, p. 23. A vigência do princípio da boa-fé não pode ser revogada pela vontade das partes. O respeito à autonomia pode ter sido um entendimento absoluto em outro tempo, porém, atualmente, o âmbito da autonomia está limitado por considerações de caráter geral, tais como princípios, normas, atuação jurisprudencial e outros.

O Estado não pode proteger vontades contrárias às normas básicas de convivência nem a princípios dentre os quais se destaca a boa-fé. Negar proteção a declarações de vontade contrárias à boa-fé não significa senão reafirmar que, produzido um conflito, dever-se-á atender à boa-fé objetiva para interpretar as normas sugeridas.

⁷² SAMPAIO, 2002, p. 22. “[...] a primeira guerra mundial trouxe substanciais mudanças no que tange às relações contratuais, principalmente na Alemanha, o que ensejou o surgimento do BGB, em 1869 e da Constituição de Weimar, em 1919.

O Código alemão, como ensina Gustav Radbruch, ‘es, por así decirlo, una codificación de las ideas jurídicas consagradas ya como evidentes al final de la época de la burguesía, y no, como el Código Civil francés, el resultado de la lucha y de la revolución’.

Não obstante a crítica ao BGB, é no direito germânico que se desenvolve a doutrina da boa-fé objetiva, da forma como é modernamente concebida, pois a cláusula geral de boa-fé, insculpida no §242 do referido diploma legal, espalhou seus efeitos por a teoria contratual alemã.

⁷³ MARTINS, F. A., 2000, p. 17. A boa-fé objetiva, entretanto, diz respeito a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como o sujeito deve agir. É a boa-fé princípio, que corresponde à *fides bona romana*, uma regra de conduta um dever de agir, ou seja, de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, de lisura e honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte. É a *Treu und Glauben* dos alemães, isto é, a honestidade e a sinceridade que devem existir nos atos das relações jurídicas obrigacionais. Como regra de conduta, é um dever – é um comportamento leal e correto com o outro, a que os italianos chamam de *correttezza*.

⁷⁴ HORA NETO, João. O princípio da boa fé objetiva no código civil de 2002. **Revista da Esmese**, Aracajú, n. 2, p. 228-241, 2002, p.237. A cláusula geral é uma valiosa técnica legislativa que, não obstante a sua vagueza semântica, segundo uma parcela da doutrina, representa um importante instrumento de vivificação do ordenamento jurídico, desde quando, é claro, seja prudente e sabiamente operada pela magistratura, no sentido de acompanhar a dinamicidade e a vicissitude da vida moderna.

A boa-fé objetiva trata-se, pois, de um princípio, ou de uma cláusula geral.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, 2000, p. 412-413.

Por essas características constitui a boa-fé objetiva uma norma proteiformica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua permanente construção e controle.

A boa-fé objetiva, da forma como é atualmente concebida, é expressada pelo nosso Código Civil em três diferentes dispositivos, que denotam as funções hodiernamente exercidas pelo princípio. Trata-se dos artigos 422, 113 e 187 do referido diploma, que manifestam as funções integrativa, interpretativa e limitativa da acepção objetiva de boa-fé, respectivamente⁷⁶.

No que diz com a função interpretativa, tem-se que o princípio da boa-fé possui a finalidade de determinar o sentido das estipulações contratuais, havendo possibilidade, inclusive, de modificação – reconstrução – de qualquer dessas cláusulas pelo julgador⁷⁷, de forma a torná-la adequada para o caso concreto⁷⁸.

Uma outra função exercida pelo princípio é a que possui o escopo de limitar o exercício dos direitos subjetivos da parte adversa, na medida em que busca impedir a prevalência de condutas que contrariem os mandamentos trazidos pelo princípio da boa-fé, à exemplo dos deveres de agir em conformidade com a honestidade, lealdade e correção⁷⁹.

⁷⁶ HENTZ, André Soares. Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 106, p. 11-14, out./2008, p. 14. A boa-fé objetiva encontra-se disciplinada em três dispositivos do Código Civil de 2002 e em cada um deles tem um papel diferente a desempenhar no ordenamento jurídico. O art. 422 estabelece que ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’. Trata-se da função integrativa. O art. 113 determina que ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’. Eis a função interpretativa. Por fim, a função limitativa está prevista no art. 187, que diz que ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷⁷ SANTOS, 2009, p. 222. O autor menciona um importante ensinamento de Rosa Maria de Andrade Nery: Corre-se o risco de haver infiltração de ideologia do juiz nas decisões em que a interpretação da lei se subordina a princípios, mas isso encontra controle e limite nas pretensões ideais buscadas pela consciência civil e política, por meio do que se realiza a ligação dos princípios constitucionais com as cláusulas gerais.

⁷⁸ SANTOS, 2009, p. 220-221. A boa-fé é dirigida às partes enquanto regra de conduta, mas é dirigida ao juiz enquanto norma de interpretação. Assim, na interpretação do contrato, o juiz deve ter como referências a cláusula geral de boa-fé e a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual.[...]Sendo assim, na interpretação dos contratos, o juiz deve verificar quais foram as verdadeiras intenções das partes na sua celebração, de forma a explicitar direitos e deveres que, embora não escritos, decorrem do acordo firmado.[...]O juiz irá, portanto, por meio do princípio da boa-fé, moldar a solução para o caso concreto. A cláusula geral tem essa função, que é a de ser apenas uma moldura, que será preenchida diferentemente pelo magistrado de acordo com a natureza do caso em litígio. Fica delegada à jurisprudência a responsabilidade de, a partir da cláusula geral, criar as soluções para os diversos tipos de casos.

⁷⁹ MARTINS, F. A., 2000, p. 24. A boa-fé assume, também, uma função controladora, exigida em todas as manifestações jurídicas da conduta humana, o que se pode denominar por limitações ao exercício de direitos, tendo, portanto, uma finalidade de controle. Com base nessa função, o exercício dos direitos e deveres, que antes recorria à famosa assertiva de que ‘tudo o que não está proibido está permitido’, e, portanto, toda

Por fim, menciona-se a função integrativa da máxima da boa-fé objetiva, que busca determinar a maneira pela qual se deve suprir ou completar as lacunas verificadas no negócio jurídico perfectibilizado⁸⁰.

Não restam dúvidas de que as funções exercidas pelo princípio da boa-fé estão intimamente ligadas a uma outra destinação da acepção objetiva do primado, que é a de criação de deveres de conduta. Trata-se da missão criadora de deveres contratuais outros, que transcendem ao *dever de prestar* propriamente dito.

Quanto a estes, ressalta Judith Martins-Costa⁸¹:

O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais ‘caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes’, servindo, ‘ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato [...]’.

A referida doutrinadora, ainda, cita alguns exemplos do que reputa que possam ser considerados deveres anexos. São eles: a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança*; b) os *deveres de aviso e esclarecimento*; c) os *deveres de informação*; d) o *dever de prestar contas*; e) os *deveres de colaboração e cooperação*; f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*; g) os *deveres de omissão e de segredo*⁸².

Assim, verifica-se que as partes, e todos aqueles que estiverem minimamente atrelados à relação jurídica, estão adstritos aos deveres de conduta instituídos pelo princípio da boa-fé, e, antes mesmo de atentarem à satisfação da prestação devida,

conduta não proibida seria um direito, ou recorrendo a uma fórmula ainda mais ampla, que ‘dever é tudo o que se tem que fazer’ ou ‘tudo que estamos obrigados a fazer’, sempre e quando as condutas tiverem algum tipo de transcendência jurídica, quer dizer, entrarem no âmbito jurídico, limitar-se-á pela ação da boa-fé.[...]Sustenta Gorphe que existe um dever jurídico de se comportar nas relações com um mínimo normal de lealdade, cuja violação sofre uma sanção civil, quer seja a invalidade da convenção, quer seja a responsabilidade civil por perdas e danos.

⁸⁰ MARTINS, F. A., 2000, p. 28. Ensinam Larenz, De Los Mozos, Diez-Picazo, Rubio, dentre outros, que a boa-fé é, efetivamente, o melhor critério integrador, pois representa a consagração dos deveres de conduta que se devem observar na relação jurídica obrigacional.

⁸¹ MARTINS-COSTA, 2000, p. 439-440.

⁸² Ibid., p. 439.

devem, impreterivelmente, adotar uma postura correta e digna de um homem íntegro e honesto.

3.2 DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DA APARÊNCIA

Instituir, às partes, a responsabilidade de atentarem a deveres outros que não o simples adimplemento da obrigação contraída pelo devedor, bem como considerar a possibilidade de invalidar as disposições contratuais que atentem contra a supremacia da máxima expressada pelo princípio, são postulados que evidenciam a relevância adquirida pelo mesmo e exemplificam as inovações⁸³ decorrentes da instauração deste primado em nosso ordenamento jurídico.

A aparência é criada, justamente, por algo que é manifestado, pelo conjunto das feições exteriores de um fato ou de um ato⁸⁴. Ou seja, só há que se cogitar a incidência da teoria da aparência quando o fenômeno manifestante não for condizente com a realidade de fato existente na conjuntura do momento, levando-se em consideração, ainda, que a situação apresentada deve possuir a capacidade de impulsionar outrem a crer na veracidade das suas manifestações⁸⁵.

⁸³ ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. O princípio da boa-fé nas relações contratuais contemporâneas. **Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio**, Curitiba, Juruá, 2003, v. 200, p. 63-77. p. 73. “*O princípio da transparência amplia as obrigações e deveres dos fornecedores de massa e, também, numa certa medida, dos contratantes em geral, antes mesmo de qualquer ‘transação’ ser iniciada. Isto ocorre porque mudou o enfoque da oferta contratual, e, com esta nova concepção, o fornecedor tem o dever de informar ao consumidor as características do serviço que está sendo contratado, além de ter o dever de orientá-lo a respeito do teor do contrato, enfatizando, principalmente, as cláusulas restritivas de direito.*

A finalidade desse princípio é ‘...possibilitar uma aproximação mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedores e consumidores, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contrato de consumo’.”

⁸⁴ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.8, n.32, p.218-279, out. 2007. p. 219. “*A aparência é o estado daquilo que parece exteriormente, do que se manifesta por signos exteriores. Podemos assim dizer, em geral, de uma qualidade, de um direito, que eles são aparentes quando parecem existir, quando se reencontram as características exteriores pelas quais se anuncia, de ordinário, a existência desse direito ou dessa qualidade.*”

⁸⁵ BORGHI, Hélio. **Teoria da Aparência no Direito Brasileiro**. Lejus – Livraria e Editora Jurídica Senador. 1999, p. 41-42. “*O próprio significado da palavra aparência, no sentido mais preciso e vulgar, determina e encaminha o conceito que se pode daí deduzir sobre a aparência de direito: aparente é o que parece ser mas não é, é o suposto, o visível, o evidente, o verossímil, etc.; aparência, pois, é uma mostra enganosa, uma visão exterior não condizente com a realidade interior de uma dada situação, de conformidade com os léxicos da língua pátria Assim, a conceituação, talvez, mais precisa de aparência de direito seria aquela produzida por Malheiros: ‘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 subetivo novo, mesmo à custa da própria realidade’, a qual se*

Coloca-se em relevo, aqui, para além da percepção subjetiva daquele que crê nas circunstâncias que lhe foram apresentadas (conforme o comum sentir de um indivíduo de média diligência), a causa que fez surgir o erro, os fatos externamente perceptíveis, as circunstâncias unívocas⁸⁶ expressadas de forma objetiva por alguém que permitiu a criação da aparência jurídica.

Vicente Raó, estabelecendo um parâmetro mínimo de aplicação da aparência de direito à luz da boa-fé objetiva, elenca os pressupostos básicos para a sua caracterização, conforme bem menciona Maurício Jorge Pereira da Mota⁸⁷:

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

São as atitudes mantidas pelos indivíduos que criam, no outro, a crença na existência de uma realidade de direito. Assim, considera-se que sejam estes atos que permitem o desenvolvimento da justa expectativa e da confiança de que o desenrolar do negócio jurídico se dará conforme a situação fática aparente, gerada na íntima convicção daquele que foi submetido às circunstâncias enganosas.

Para melhor instruir a situação, cite-se um singelo, mas esclarecedor, exemplo. Considere-se a hipótese de um locador, que, ao longo de vários anos, loca seu imóvel ao mesmo inquilino. Todos os meses, o locatário direciona-se ao mesmo indivíduo para efetuar o pagamento dos aluguéis – um terceiro indivíduo, que possui procuração autorizando o recebimento da referida monta, em nome do proprietário do imóvel.

Ocorre que, em um dado momento, o instrumento de mandato outorgado ao procurador é revogado, sem que o locador tenha o cuidado de, imediatamente,

resume neste outro conceito simples de Criscuoli: ‘*apparenza Del diritto é uma expressão elítica, que significa aparência de titularidade de um direito subjetivo*’, em tradução livre.”

⁸⁶ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.8, n.32, p.218-279, out. 2007. p. 234. “(...) *Coloca-se em relevo aqui, mais do que a percepção do sujeito, a causa idônea a produzir o erro, sendo esta evidentemente objetiva. A essa causa, fatos objetivos externamente perceptíveis, denominam-se circunstâncias unívocas, elemento da situação de aparência jurídica.*”

⁸⁷ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.8, n.32, p.218-279, out. 2007. p. 236.

comunicar ao locatário. No dia seguinte à revogação, o inquilino dirige-se, novamente, ao suposto procurador, e efetua o pagamento do aluguel.

O inquilino não tinha condições de suspeitar, naquele momento, que o indivíduo que, até então, recebia o pagamento dos aluguéis, não mais possuía instrumento de mandato outorgado em seu favor. Todas as circunstâncias que se apresentaram a ele, no momento em que se dirigiu ao suposto mandatário com o objetivo de efetuar o pagamento, permitiram a criação da justa expectativa e da confiança na aparência de veracidade da situação apresentada, qual seja, a de que aquele indivíduo ainda possuía poderes para receber a razão dos alugueres.

Assim, considera-se que a conduta adotada pelo suposto mandante, e também a adotada pelo proprietário do imóvel, fizeram surgir a crença errônea do inquilino na existência de uma realidade de direito que, em verdade, era fictícia, mas que aparentava ser convergente com a realidade de fato no momento manifestada.

O atual entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça corrobora a situação apresentada. Se não, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. LOCAÇÃO. IMÓVEL LOCADO PELO NU-PROPRIETÁRIO. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE DO LOCADOR PARA EXECUTAR OS ALUGUÉIS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Na espécie, não se aplicam os Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a decisão agravada, ao decidir a matéria, não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o quadro fático dos autos, pois cingiu-se a analisar a legitimidade do nu-proprietário para executar débitos relativos a contrato de locação de imóvel objeto de usufruto.

2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou.

3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nú-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos aluguéis não adimplidos.

4. Agravo regimental improvido⁸⁸.

A adoção de uma postura de determinada ordem, que permita o surgimento, em outrem, da justa expectativa de que a perfectibilização de um negócio jurídico se dará conforme o que foi, externamente, manifestado, produz os mesmos efeitos do ato perfeitamente acabado.

A inobservância dos ditames instituídos pela boa-fé objetiva, assim, encontra na aplicação da teoria da aparência o equilíbrio que permite tornar mais estáveis as relações instituídas em sociedade.

A estabilidade social encontra no binômio “boa-fé objetiva x teoria da aparência” o respaldo apto a permitir o resguardo do direito gerado a partir da situação aparentemente manifestada. Não seria razoável impelir o devedor a adimplir duas vezes com uma mesma dívida, considerando-se, precipuamente, que este foi, objetivamente, levado a crer na existência de uma situação aparente, através de manifestações expressadas pelo próprio credor, ou por terceiros que estejam, diretamente, envolvidos na negociação havida.

CONCLUSÃO

O princípio da boa-fé objetiva se firmou como uma norma norteadora das relações instituídas em sociedade, conferindo notável equilíbrio aos negócios jurídicos perfectibilizados, e impondo, aos contratantes, a necessidade de observância das expectativas razoáveis que a parte contrária criou com relação à vinculação havida.

Não basta, aos indivíduos que participam de uma contratação, o atendimento da literalidade do que foi pactuado, dos exatos termos em que se constituiu uma obrigação. Busca-se, hodiernamente, o respeito aos fins intimamente perseguidos pelas partes, havendo a necessidade de se considerar que, nem sempre, esses interesses encontram-se claramente expressos no instrumento de contrato.

A teoria da aparência, assim, tem ganhado espaço dentro do sistema jurídico hodierno, e desenvolve-se paralelamente ao princípio supracitado. No âmago deste

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no Ag 610.607/MG. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em: 25 jun. 2009. **DJ** 17 ago. 2009.

instituto, é a boa-fé objetiva a responsável pela fixação da noção de alteridade na relação formada, de modo que a teoria da aparência surge com o propósito de amenizar os efeitos provenientes da violação aos deveres de conduta instituídos por aquele princípio, permitindo que a situação aparente surta os efeitos pretendidos pela parte ludibriada.

A teoria da aparência, assim, funciona como um instrumento remediador, capaz de suprir a violação dos deveres instituídos pela boa-fé objetiva, na medida em que permite que se considere válido o pagamento efetuado a pessoa diversa (que não seja a verdadeira credora), e admite um certo alargamento de todos os aspectos que compõem o instituto do adimplemento.

Assim, tem-se que o desatendimento dos deveres instituídos pela boa-fé objetiva cede espaço para a incidência da teoria da aparência, que, por sua vez, permite que a situação aparente surta os mesmos efeitos da realidade de fato, alcançando-se dessa forma, a plena harmonia e paridade contratuais, necessárias ao alcance da tão almejada justiça social.

A introdução de um novo conjunto principiológico, nos moldes do que foi instituído a partir da Constituição Federal de 1988, permitiu, assim, a verificação de um equilíbrio social tamanho que, incidindo paralelamente à teoria da aparência, pretende chegar o mais próximo possível dos ideais de coerência e harmonia social.

O caminho fora traçado. Resta torcermos para que não sejam criados entraves desnecessários à aplicação desses institutos, que custaram tanto a adquirir maior substancialidade e solidez. Nada pode ser mais satisfatório ao direito do que o alcance da justiça, igualdade e estabilidade, sendo estes os ideais que a teoria da aparência, à luz da boa-fé objetiva, busca, incessantemente, alcançar.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed., v. 2. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. O princípio da boa-fé na relações contratuais contemporâneas. **Jurisprudência Brasileira Cível e Comercial**, Curitiba: Juruá, 2003. v. 200, p. 63-77.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das Obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BORGHI, Hélio. **Teoria da Aparência no Direito Brasileiro** – São Paulo: Lejus, 1999.

BORGHI, Hélio. Ausência e aparência de direito, erro e simulação. **Revista dos Tribunais**, Ano 85, v. 734, p. 763-771, dez./1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direito fundamentais e direito privado**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2. ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

HENTZ, André Soares. Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 106, p. 11-14, out./2008.

HORA NETO, João. O princípio da boa-fé objetiva no Código de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracaju: ESMESE/TJ. n. 2, 2002, p. 228-241.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de: Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. Proteção pela aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo** – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 111-133.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral e RÊGO, Gerson Ferreira do. A aplicabilidade da Teoria da Aparência nos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, Ano 76, v. 618, p. 30-33, abr./1987.

LEWIKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 55-75.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 4. ed., v. 2. – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações** – São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 84, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo Contratual. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 52, p. 64-78, abr./jul. 1990.

MALHEIROS, Álvaro. Aparência de Direito. In: TEPEDINO, Gustavo e FACCHIN, Luiz Edson (Org.). **Obrigações e Contratos. Obrigações: Estrutura e Dogmática**. v. 1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 955-1006.

MARTINS, Flávio Alves. **A Boa-fé Objetiva e Sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 16, v. 64, p. 43-70, out./dez. 2007.

MARTINS, Rafael Manhães. A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Ano 9, n. 33, p. 250-289, jan./mar. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed., 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado, 2003, n. 25, p. 229-281.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro** – São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 163-186.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 187-241.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Teoria da Aparência Jurídica. In: NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Revista de Direito Privado**, Ano 8, n. 32, p. 218-279, out./dez. 2007.

NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 161-178, jul./set. 2000.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 17-54.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das Obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 5. ed. – São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. Anotações acerca da boa-fé como princípio de direito contratual no Estado Democrático de Direito. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte**. n. 11, p. 223-234, jul./dez. 2008.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais da Arbitragem**. Coord. Arnaldo Wald. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 6., n. 21., jul./set. 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da Aparência. **AJURIS**, Ano IX, v. 24, mar/1982, p. 222-231.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Estudos sobre a teoria da boa-fé objetiva. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 1966. n. 1., 2º Sem., v. 68, p. 16-38.

SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 10, n. 38, p. 204-263, abr./jun. 2009.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**. Rio de Janeiro, Ano 8, v. 32, p. 3-27, out./2007.

SEMY, Glanz. Aparência e o direito. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**. Rio de Janeiro, 1971. Ano X, n. 24, p. 72-75.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang Org. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 2. ed., p. 119-146.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 17, jan./mar. 1996.

SMITH, Juliane Machado. Teoria da Aparência: uma análise crítica dos artigos 50 e 1.015 do Código Civil de 2002. **Revista Magister de Direito Empresarial**, n. 33, jun./jul. 2010, p. 63-80.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. **A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil**. Coord. Gustavo Tepedino – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

USTÁRROZ, Daniel. As origens da boa-fé objetiva o novo Código Civil. **Jornal Síntese**. Porto Alegre, jan. 2003, Ano 6, v. 71, p. 3-6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed., v. 2. – São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. Com a colaboração dos professores Semy Glanz, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani – 19. ed., v. 2. – São Paulo: Saraiva, 2010.

ZIMMERMANN, Fernando Henrique Guedes. A introdução da boa-fé objetiva nos contratos sob égide do novo Código Civil. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, Ano IX, n. 97, p. 18-19, mar./2005.