

# PROTEÇÃO DA BOA-FÉ SUBJETIVA\*

## THE PROTECTION OF THE SUBJECTIVE GOOD FAITH

Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>1</sup>

Ministro aposentado do STJ

*O direito se aperfeiçoa  
na medida em que leva  
em conta a boa-fé.  
(Rippert)*

**RESUMO:** O Código Civil refere, em mais de uma passagem, à boa-fé subjetiva. Como o novo Código introduziu no ordenamento civil o princípio da boa-fé objetiva, a doutrina passou a dedicar sua principal atenção a esse instituto. Daí a conveniência de retomar o estudo da boa-fé subjetiva, para distingui-la da boa-fé objetiva, definir sua natureza jurídica e explicitar as diversas situações em que se apresenta. Nesse propósito, ainda cabe a tentativa de estabelecer um princípio geral da boa-fé subjetiva em conformidade com os princípios da aparência e da confiança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Boa-fé objetiva; boa-fé subjetiva; princípio da confiança; princípio da aparência.

**ABSTRACT:** *In more than one occasion the Civil Code refers to the subjective good faith. As the new Civil Code has introduced the principle of objective good faith in the civil legal system, the doctrine has begun to devote its main attention to such institute. Hence the convenience of summarizing the study of subjective good faith, so as to distinguish it from the objective good faith, to define its legal nature, and to explain the various situations in which it appears. In this regard, it is still opportune the attempt to establish a general principle of subjective good faith, in accordance with the principles of appearance and confidence.*

**KEYWORDS:** *Objective good faith; subjective good faith; principle of confidence; principle of appearance.*

---

\* Texto básico de palestra proferida na Semana Acadêmica em homenagem ao Professor Dr. Luiz Edson Fachin, na Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti, Paraná, em Curitiba, 17 de maio de 2011.

<sup>1</sup> Advogado.

**1** *Fides* é conceito antigo, presente em diversos institutos do Direito romano e com mais de um significado. Iniciou-se com o culto à Deusa *Fides*, protetora das estipulações negociais, realizado em um dos templos do Capitólio, no dia 1º de outubro<sup>2</sup>. Da *fides* passou-se à *fides bona*, que “significava a fidelidade à palavra dada, com o dever de cumprimento da promessa, o que fazia com que surgissem efeitos jurídicos e fosse possível a ação no caso de certos contratos que não eram reconhecidos pelo *ius civile*”<sup>3</sup>. Santo Agostinho, no Sermão 49.2, declarou: “Se tem chamado *fides* o fato de que se faz o que se diz”. A ideia de cumprimento da palavra dada era especialmente significativa para as relações negociais, seja entre os cidadãos romanos, seja nas relações internacionais, gerando a ideia de fidelidade e de confiança. Os povos vencidos, antes da destruição total, submetiam-se ao vencedor, obtendo a proteção da *fides populi romani*. Mais tarde, nas relações jurídicas, surgiu uma nova expressão, *bona fides*, mencionada por Cícero, a significar a segurança da avença, fundada na palavra dada<sup>4-5</sup>.

A tradição romanística considerou a *fides bona* como uma virtude ética consistente na honestidade do agir, contraposta ao *dolus* e à *fraus*<sup>6-7</sup>. No campo dos direitos reais, “já agora sob a nomenclatura *bona fides*, constituía requisito para a defesa da posse nos institutos da *usucapio longi temporis*, *praescriptio* e da *praescriptio longissimi temporis*”<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e o novo Código Civil. *Revista Direito Federal*, Ajupe, n. 74, p. 161, 2003.

<sup>3</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 42.

<sup>4</sup> CASTRESANA, Amelia. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 56-58.

<sup>5</sup> “Já a *bona fides* é um conceito jurídico, cujo conteúdo foi traçado por Cícero: a *fides* do *bonus vir romano* era a atitude social do romano que auxilia os demais na medida do possível e não prejudica a ninguém. A *bona fides* era a fidelidade à palavra dada e a regra de conduta do homem honesto.” (FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir – UFRGS*, Porto Alegre: Edição Especial, 2003. p. 131)

<sup>6</sup> GIAMPICCOLO, Giorgio. La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Padova, v. 63, n. 9/10, p. 335, sett./ott. 1965.

<sup>7</sup> “Na acepção subjetiva, pode-se ainda dizer que boa-fé se contrapõe a má-fé. Na concepção objetiva, porém, a nosso ver, boa-fé contrapõe-se a ausência de boa-fé, e não a má-fé.” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 139)

<sup>8</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 163

2. No Direito moderno, a boa-fé figura em todas as legislações ocidentais, com significados diversos.

No prólogo ao livro de Wiacker, Díez-Picazo escreveu:

Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. Por ejemplo: el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo; el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no se interrumpa legalmente la posesión; para que la renuncia del contrato de sociedade surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno.<sup>9</sup>

No Brasil, o Código Civil de 1916 mencionou, em várias passagens, a boa-fé, entendendo-se como tal a crença de estar agindo de acordo com o Direito (boa-fé subjetiva).

O art. 590 do CC/1916 definiu a posse de boa-fé: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído”.

O Código Civil de 2002, além das disposições com esse significado, nos diversos ramos do Direito, introduziu o conceito de *boa-fé objetiva*, a expressar princípio determinante de condutas.

Embora boa-fé objetiva já estivesse sendo estudada pela nossa melhor doutrina, de que é exemplo o excelente livro da Professora Dra. Judith Martins Costa, *Boa-fé no direito privado*<sup>10</sup>, na esteira das lições de Clovis do Couto e Silva<sup>11</sup>, além de aplicações em julgados dos Tribunais, a verdade é que, depois de 2002, ampliou-se o interesse pela boa-fé objetiva, cláusula geral de especial importância para o nosso direito civil, fator de renovação e aperfeiçoamento do Direito.

A novidade chamou a atenção e, com isso, pouco se estudou a boa-fé subjetiva, embora a sua importância, sempre reconhecida. “No comércio

<sup>9</sup> Luis Díez-Picazo. Prólogo a *El principio general de la buena fe*, de Franz Wieacker. Madrid: Civitas, 1982. p. 11.

<sup>10</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>11</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

jurídico, como na vida social, há um elemento subjetivo que informa, estrutura e vivifica todas as relações – é a boa-fé. Por onde ela passa, suprem-se as nulidades, sanam-se os vícios e as incapacidades se integram”<sup>12</sup>. Ao tratar do terceiro de boa-fé que adquire o bem do *accipiens*, na forma do art. 968 do CC/1916, Silvio Rodrigues indicou a razão de interesse social na proteção do terceiro: ao socorrer o terceiro, o legislador não protege apenas o interesse deste, mas também o da sociedade, pois a solução da lei atua no sentido de reforçar a confiança nas relações negociais, que se querem firmes e estáveis. Na perspectiva daquele que comprou, rodeado de todas as precauções legais, experimentar um prejuízo, representa um instrumento perturbador da ordem, que compete ao ordenamento jurídico conjurar<sup>13</sup>.

Estou me propondo a recuperar um pouco essa desatenção com o instituto, que tem tantas nuances, e aproveitei a ocasião desta semana acadêmica, em homenagem ao Professor Dr. Luiz Edson Fachin, o mais inovador, um dos mais lúcidos dos nossos civilistas, para algumas breves considerações.

3. A primeira questão é a seguinte: há realmente distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva ou ambas têm a mesma natureza e podem receber abordagem unitária?

A *subjetiva* é um dado interno, que está na consciência do sujeito, que o leva a acreditar (crença) na legitimidade da sua conduta. A pessoa é levada a crer que está sendo fiel ao ordenamento jurídico.

É “uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito”<sup>14</sup>.

Na situação de boa-fé subjetiva uma pessoa acredita ser titular de um direito, que só existe na aparência. É esta situação de aparência que, em determinadas

---

<sup>12</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1564, Câmaras Reunidas da Corte de Apelação, Rio de Janeiro. Relator: Sá Pereira. *Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal*, Rio de Janeiro, n. 54, p. 498-507, out. 1919.

<sup>13</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004. p. 416.

<sup>14</sup> NERY, Rosa Maria B. de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão*. 2004. Tese de livre-docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2004. p. 244.

circunstâncias, presentes certos requisitos, deve ser tutelada.<sup>15</sup>

A *objetiva* é um fator externo ao sujeito, que fundamenta a existência de uma norma de conduta exigente de lealdade na relação, paradigma com o qual será avaliado o comportamento da parte, no caso concreto.

A boa-fé objetiva estabelece um dever de agir de acordo com padrões socialmente recomendados. Trata-se de uma cláusula geral, expressão do princípio de lealdade, que o juiz utilizará para verificar, nas circunstâncias daquele caso, qual a conduta que satisfaria essa exigência de lealdade (quanto a cuidado, informação, proteção, cumprimento da prestação, etc.). Assim criada pelo juiz a regra de conduta, será feita a verificação entre a conduta devida, segundo a boa-fé, e a conduta efetiva, concluindo-se pela ilicitude da que dela destoa.

Enquanto a boa-fé subjetiva é um fato (intelectivo, ou volitivo, como querem alguns), a boa-fé objetiva é um critério de comportamento, é elemento normativo, instrumental. Pode ser dito: agir em boa-fé (boa-fé subjetiva) e agir segundo a boa-fé (boa-fé objetiva).

Dito isso, logo se vê que entre os dois conceitos há substanciais diferenças.

Porém ambas as ideias fluem do mesmo núcleo: fidelidade e lealdade. Acredito ser fiel ao ordenamento; devo ser leal com a contraparte. Ambos são a mesma moeda, embora em lados distintos.

Forte corrente entende que a boa-fé objetiva não existe sem o elemento psicológico da intencionalidade, com o propósito de guardar fidelidade ou lealdade. Paulo Nalin é categórico: “Não me parece concebível uma boa-fé objetiva destituída de intencionalidade e, logo, da crença (psicológica) de que está procedendo conforme a ética”, sendo por isso inseparáveis os conteúdos subjetivo e objetivo da boa-fé<sup>16</sup>.

Comentando essa lição, Karina Nunes Fritz informa que a maioria da doutrina segue a concepção alemã, segundo a qual a boa-fé objetiva (lealdade de comportamento) independe do aspecto psicológico, uma vez que a avaliação

<sup>15</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143.

<sup>16</sup> NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controversas: novo Código Civil: parte geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. p. 370.

da conduta de acordo com o padrão exigido pela boa-fé objetiva não analisa questões psicológicas (do tipo: se ele pensava que agia com lealdade), mas se limita a estabelecer se o comportamento do agente corresponde ao esperado de um homem leal<sup>17</sup>.

Penso que, na aplicação da boa-fé objetiva, não se trata de verificar se o sujeito estava consciente de agir com lealdade ou se presentes as circunstâncias psicológicas caracterizadoras da boa-fé subjetiva. O descumprimento de uma regra de cuidado ou de proteção, imposta pela boa-fé objetiva, independe do exame da crença do agente a respeito do seu direito: se não teve o cuidado exigido pelas circunstâncias, descumpriu a regra. O elemento subjetivo que cabe considerar na boa-fé objetiva é o elemento subjetivo que integra a culpa, para avaliar o grau de cuidado esperado, se foi atendida a exigência ética de cuidado ou de cautela, nada mais.

Isto é, para examinar se há ou não boa-fé subjetiva, não comparo essa conduta com a norma de boa-fé objetiva; e, para verificar se o comportamento está adequado à norma de boa-fé objetiva, não examino a crença do agir do agente.

4. Em um esforço de interpretação, numa “*abstracción constructiva [...] subir algún escalón más desde el cual pueda verse el bosque completo y no los árboles aislados*”<sup>18</sup>, posso dizer que a *lealdade* é a ideia central, genérica, que serve tanto para o exame do elemento interno como para a determinação da conduta devida. Assim: (i) a boa-fé subjetiva concretiza a fidelidade ao sistema, ao considerar o elemento subjetivo da pessoa (honestidade psicológica); (ii) a boa-fé objetiva é instrumento jurídico de realização concreta da lealdade no caso. Em ambas está presente “a vontade de não violar o ordenamento”.

5. Mas, mesmo reconhecendo esse ponto central de convergência e a eventual presença do elemento ético na boa-fé subjetiva, não se pode deixar de manter a distinção entre os dois conceitos quanto à sua função na aplicação do Direito, como fatores suscetíveis de propor soluções a problemas, cada um a seu modo, embora ambos, no fundo, tratem de preservar a lealdade: lealdade para com o ordenamento (boa-fé subjetiva), lealdade para como o outro (boa-fé objetiva).

---

<sup>17</sup> FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 103-104.

<sup>18</sup> GÓMEZ-ACEBO, F. La buena y la mala fe. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, n. 36, p. 109, 1952.

Como observou Teresa Negreiros, “entre nós, esta contraposição entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva vem sendo recepcionada pelos autores que mais recentemente se dedicaram ao tema”<sup>19</sup>, a exemplo de Judith Martins-Costa e Antonio Junqueira de Azevedo. Embora o núcleo seja o mesmo, esses dois fenômenos se apresentam e funcionam de modos diversos.

6. O segundo ponto a enfrentar diz com a natureza da boa-fé subjetiva: *é um dado psicológico ou é ético?*

Há muitos anos e em diversos países, a doutrina se preocupa em definir o conteúdo da boa-fé subjetiva.

Explicou o Professor Fernando Noronha:

Discute-se sobre se, para se ter como caracterizada a boa-fé subjetiva, basta a mera ignorância do interessado sobre a real situação que tem diante de si, como se entende na concepção chamada de psicológica, ou se é exigível que o estado de ignorância seja desculpável, como é sustentado nos quadros do chamado entendimento ético da boa-fé, que, aliás, é o predominante.<sup>20</sup>

Para os que adotam a posição psicológica, a boa-fé consiste na simples ignorância da ilegitimidade da sua posição ou desconhecimento do impedimento de exercê-la. Mesmo quando a pessoa ignorar por culpa, mantém-se a boa-fé.

A corrente ética sustenta que a boa-fé subjetiva somente existe se a ignorância ou se o erro é escusável, isto é, admissível. Não haveria boa-fé subjetiva se a crença sobre a sua legitimidade ou a ignorância do impedimento decorrem de negligência da parte, que deixou de informar-se adequadamente sobre a situação, descumprindo um dever de cuidado. Alegam que o descuidado, o negligente e o impulsivo não podem ficar mais protegidos do que o prudente e o avisado.

Concluiu Noronha: “Tal como acontece lá fora, também entre nós predomina a concepção ética da boa-fé subjetiva”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 13.

<sup>20</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 133.

<sup>21</sup> Idem, p. 134, nota 18.

Breve consulta ao direito comparado confirma essa assertiva. Betti escreveu:

*La buena fe del poseedor o del adquirente es, simplemente, una buena fe justificativa, según la exigencia del mínimo ético, de comportamiento, que de otro modo tendría carácter ilícito o que, en todo caso, no estaría protegido.*<sup>22</sup>

Philippe Stoffel-Munck definiu: a boa-fé “*est une réalité concrète, l’ignorance non fautive d’un vice juridique*”<sup>23</sup>.

Menezes Cordeiro, ao fazer o estudo funcional da boa-fé subjetiva no Direito português, observou a heterogeneidade do quadro, a exigir que o conceito dependa das funções que lhe são atribuídas. De um modo geral, a boa-fé subjetiva seria a ignorância desculpável, com algumas exceções, como acontece “no caso dos herdeiros do morto presumido, não se detectam deveres de cuidado particulares: a sua posição assenta numa decisão judicial, precedida das maiores cautelas, por forma a sossegar o mais escrupuloso”<sup>24</sup>. E conclui:

Por tudo isto, a boa fé funcionalmente ambivalente, que visa, pois, penalizar a má-fé e proteger a boa-fé, deve ser entendida em sentido ético [...]. Por todas essas razões, o Direito civil português tem, da boa-fé subjetiva, uma noção ética, sendo de entender, a essa luz, as definições esparsas compreendidas no Código. A boa-fé traduz um estado de ignorância desculpável, no sentido de que o sujeito, tendo cumprido os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades.<sup>25</sup>

7. No Brasil, o tema deve ser resolvido à luz do que está no nosso Código. Os muitos juristas que assumem a corrente ética partem do exame de legislações que fazem referência ao comportamento escusável como elemento da boa-fé subjetiva.

<sup>22</sup> BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, t. 1, 1969. p. 101-102.

<sup>23</sup> STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L’abus dans le contrat: essai d’une théorie*. Paris: LGDJ, 2000. p. 59.

<sup>24</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, v. 1, 1984. p. 512.

<sup>25</sup> Idem, p. 513-516.

A leitura dos nossos textos, porém, leva à conclusão de que o legislador se satisfaz com a simples ignorância para fazer incidir os preceitos da boa-fé subjetiva. Na maioria das vezes, as normas apenas referem a boa-fé, sem adjetivá-la e sem impor algum requisito para o seu reconhecimento e produção do efeito que lhe é próprio. Cito alguns artigos que simplesmente se referem ao terceiro de boa-fé: art. 167, § 2º “simulação que não prejudica o terceiro”; art. 1.201 “é de boa-fé se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”; art. 1.217 “o possuidor de boa-fé não responde pela perda da coisa a que não deu causa”; art. 1.219 “o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis”; art. 1.827 “são eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé”; art. 686 “revogação de mandato, notificada somente ao mandatário, não pode ser oposta a terceiros que, ignorando-o, de boa-fé com ele trataram”; art. 309 “pagamento feito de boa-fé a credor putativo é válido”; art. 1.255 “quem semeia de boa-fé em terreno alheio tem direito a indenização”; art. 1.561 “casamento nulo, se contraído de boa-fé, produz efeitos”; art. 1.817 “validade das alienações feitas a terceiro de boa-fé por herdeiro excluído”; art. 1.242 “usucapião em 10 anos para quem possuir com justo título e boa-fé”; art. 879 “alienação em boa-fé por quem indevidamente recebeu imóvel”.

8. Excepcionalmente, a nossa lei exige que o erro ou a ignorância da parte tenha decorrido de negligência escusável:

- (a) “Art. 1.268. Feita por quem não seja o 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 afigure dono*”.
- (b) “Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o *terceiro que o conheça ou deva conhecer*”.
- (c) “Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a *insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante*”.

Nessas disposições e em algumas outras poucas situações (como no pagamento a credor putativo), a proteção da boa-fé subjetiva somente existe quando a pessoa incidiu em erro justificado, isto é, qualquer um erraria quanto a ser o alienante o dono da coisa (art. 1.268); o terceiro não tinha o dever de

conhecer a limitação de poderes do gestor (art. 989); o terceiro não tinha condições de saber da insolvência (art. 159).

De modo geral, porém, a lei nada refere, o que nos leva a admitir a teoria psicológica como sendo a aplicável à maioria das situações referidas à boa-fé subjetiva: basta que haja a ignorância. Quem ignora está de boa-fé. Em caso de dúvida, o nosso Código, assim como o italiano<sup>26</sup>, não dá resposta, de onde se extrai a ideia de que a dúvida não impede a caracterização da boa-fé subjetiva, uma vez que o estado de dúvida não deixa de ser uma hipótese de ignorância.

O Professor José de Oliveira Ascensão, entretanto, mesmo diante desse estilo de redação, leciona em sentido diverso:

Normalmente, a lei limita-se a falar no desconhecimento. Assim, o art. 1340/4 considera de boa-fé, para efeitos de acessão, quem desconhecia que era alheio o terreno em que construiu. Devemos admitir que nesses casos a boa-fé é psicológica? Isso será já inadmissível todas as vezes em que a lei penaliza a má-fé. A reprovação que esta punição implica supõe uma concepção ética da boa-fé [...]. Concluímos que a boa-fé relevante é predominantemente a boa-fé ética.<sup>27</sup>

9. Nesse quadro, penso que deve ser aceita uma solução relativizada, de acordo com a situação de que se trata.

Assim, no casamento putativo (art. 1.561), por exemplo, é de se admitir a boa-fé subjetiva em favor do cônjuge, ainda que sua omissão seja inescusável, por deixar de informar-se adequadamente sobre o impedimento. Prevalece o valor mais alto de proteção da instituição.

Já no pagamento feito a quem não era o credor (art. 309), é de se exigir do devedor um mínimo de atenção para que possa invocar a boa-fé subjetiva, a fim de não se privilegiar, em detrimento do credor, a situação de quem foi descuidado.

10. De outra parte, a regra do art. 138, definidora do erro como defeito do negócio jurídico, não é aplicável *tout court*, à boa-fé subjetiva. Reza o art. 138: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de

<sup>26</sup> GIAMPICCOLO, Giorgio. Op. cit., p. 353

<sup>27</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, v. 3, 2002. p. 179-180.

erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Apesar dessa redação, que não exprime exatamente aquilo que deveria dizer, é de se concluir que o erro substancial somente é causa de anulação do negócio jurídico se escusável.

A regra do art. 138 é geral, aplicável a todas as situações negociais, enquanto as disposições sobre boa-fé subjetiva são específicas para determinadas situações, nem sempre negócios jurídicos, e criadas para a proteção do que ignora.

11. O terceiro ponto que convém referir, a título de introdução, diz com a classificação proposta pelo Professor Menezes Cordeiro, que distingue a incidência positiva e a incidência negativa da boa-fé<sup>28</sup>.

Será positiva quando o reconhecimento da boa-fé subjetiva implicar a incidência de certo regime legal a favor do agente. É o que acontece com a usucapião no prazo curto de dez anos: reconhecida a boa-fé, aplica-se a regra do art. 1.242 do Código Civil; são eficazes as alienações feitas por herdeiro aparente, conforme o art. 1.827.

A incidência negativa afasta (“paralisa”) o regime legal previsto para a situação, se a pessoa estiver de boa-fé subjetiva. Assim, quem planta em terreno alheio, se de boa-fé, não perde, apenas indeniza (art. 1.255); quem aliena o que recebeu indevidamente, não é obrigado a restituir, apenas responde pela quantia recebida (art. 879).

12. Cumpre mencionar o fato de que a lei, assim como emprega a boa-fé subjetiva para privilegiar a situação de quem, por desconhecimento, está em uma situação jurídica que de outro modo seria considerada imprópria, indevida ou ilícita (casamento putativo, art. 1.561 do CC), utiliza a má-fé como conceito antagônico, para qualificar conduta merecedora de punição ou sanção (terceiro adquirente de má-fé na fraude contra credores, art. 161 do CC).

13. A boa-fé subjetiva, sendo um elemento interno, não é um dado volitivo, e sim intelectual. A convicção de agir de conformidade com a ordem jurídica resulta de um juízo, e não propriamente da vontade do agente<sup>29</sup>.

14. Antes de passar ao exame das principais disposições legais referentes ao nosso tema, convém observar que a boa-fé subjetiva, quando dotada de

<sup>28</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, v. 1, 2001. p. 137.

<sup>29</sup> GIAMPICCOLO, Giorgio. *Op. cit.*, p. 342.

conteúdo ético (escusabilidade), é o fundamento para a aplicação tanto da teoria da aparência como do princípio da confiança.

Os casos regidos pela teoria da aparência estão previstos na lei, que tipifica as hipóteses para regular (e proteger) a posição do sujeito, como acontece no casamento celebrado por pessoa incompetente (art. 1.554 do Código Civil); mas também acontece de a jurisprudência, independentemente de previsão legal, em casos específicos, aplicar a teoria para legitimar a posição do sujeito que se enganou, desde que presentes os pressupostos que autorizam a sua incidência.

A teoria da aparência do direito requer uma situação pela qual quem confiou razoavelmente em uma determinada manifestação jurídica e se conduziu conforme ela tem direito a contar com tal manifestação, ainda que não correspondente à realidade.<sup>30</sup>

Já foi dito que os princípios da confiança e da aparência correspondem à mesma justificada expectativa diante de uma situação não conforme com a realidade. O Professor Guido Alpa deu exemplo: considerou-se válido o contrato concluído entre um ginecologista e um terceiro que, nas relações com o médico, se tinha comportado como marido da parturiente<sup>31</sup>.

Outros entendem que “a proteção da confiança é o gênero, e a proteção da aparência é a espécie”<sup>32</sup>.

Na verdade, aparência e confiança não se confundem: a diferença básica está em que o princípio da confiança é invocável para responsabilizar quem lhe deu causa, enquanto a teoria da aparência serve para legitimar (justificar) a ação de quem, por erro escusável, acreditou na existência de uma realidade e com base nela agiu, tenha sido ou não posta essa realidade pelo outro. Pela confiança, indeniza-se quem justificadamente confiou no outro; pela aparência, assegura-se a posição de quem agiu por acreditar escusavelmente naquela realidade.

<sup>30</sup> BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 24, nota 4.

<sup>31</sup> ALPA, Guido. Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução: actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 106.

<sup>32</sup> MOTA, Mauricio Jorge Pereira. A teoria da aparência jurídica. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 277.

Na aparência, a parte acredita, por erro escusável, que uma situação de fato inexistente – independente da ação das partes e de prévia relação contratual – corresponde a uma realidade jurídica. O que aparece é aceito como verdade (ex.: art. 1.554 do Código Civil: “Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil”), e a pessoa age com base nesse erro. A aplicação da teoria da aparência legitima a conduta, desde que presentes os pressupostos: circunstâncias unívocas, capazes de gerar falso conhecimento da realidade; erro escusável, em que incidiria qualquer pessoa com aquelas condições e naquelas circunstâncias; falta de tipificação legal da situação. “A tutela da aparência ‘anula’ desse modo a diferença entre o que parece e aquilo que tem existência efetiva como realidade jurídica”<sup>33</sup>.

A confiança repousa na boa-fé subjetiva e sua proteção jurídica depende da presença dos elementos assim resumidos pelo Professor José de Oliveira Ascensão<sup>34</sup>: a) a confiança deve fundar-se na conduta de outrem; b) deve ser justificada; c) deve ter havido “investimento de confiança”; d) comportamento posterior de outrem que frustra a confiança.

Proteger a confiança é inerente à ordem jurídica:

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.<sup>35</sup>

Os publicistas têm se dedicado ao estudo do princípio da confiança e suas implicações nas relações entre o Estado e os administrados, vinculando-o ao princípio da *segurança jurídica*. Rafael Maffini conclui que a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do

<sup>33</sup> FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45.

<sup>34</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 77, out./dez. 2006.

<sup>35</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 2001. p. 91.

princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do estado de direito<sup>36</sup>.

A diferença entre os institutos pode ser assim resumida: (a) na boa-fé subjetiva, há a ignorância; (b) na aparência, a ignorância decorre de uma situação de fato justificadora (escusável); (c) na confiança, além da boa-fé subjetiva e da escusabilidade, há a ação do outro, que deu causa àquela situação. Esse outro sofre o efeito da tutela da confiança e responde pelo dano causado àquele que confiou.

15. Examino sucintamente algumas das principais disposições legais sobre a boa-fé subjetiva, presentes em todos os ramos do direito civil, sabendo-se “que o princípio da boa-fé não pode ter o mesmo conteúdo quando incidente sobre relações jurídicas reais, relações jurídicas obrigacionais e relações jurídicas de família”<sup>37</sup>.

Início pelo casamento putativo, que vem a ser aquele que se constituiu com infração de algum impedimento dirimente, ou por erro essencial sobre a pessoa, ou ainda sem as formalidades imperativas da lei, ignorando, ou não podendo evitar (coação), os cônjuges, ou um deles, a causa da nulidade ou da anulabilidade<sup>38</sup>.

O Código Civil, nos arts. 1.548 e seguintes, define os casos de casamento nulo ou anulável; no art. 1.561, dispõe sobre os efeitos da boa-fé subjetiva nesses casos, para os cônjuges e os filhos, ou só para os filhos, quando ambos os cônjuges agirem de má-fé.

O erro do cônjuge, no casamento nulo ou anulável, pode ser de *fato* (ignorância do fato que impedia ser válido o casamento, como, por exemplo, entre parentes em grau proibido) ou de *direito* (ignorância de lei que faz obstáculo

<sup>36</sup> MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 55.

<sup>37</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 68.

<sup>38</sup> ESPINOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro: casamento, relações entre os cônjuges, desquite, filiação e parentesco, regime de bens, tutela e curatela*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 216.

à validade do casamento, como acontece, por exemplo, com quem conhece o parentesco, mas não sabe da proibição legal)<sup>39</sup>.

Existe controvérsia sobre o reconhecimento da boa-fé subjetiva por erro de direito, porquanto a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º, consagra o princípio de que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. Contudo essa obrigatoriedade tem sido superada para “justificar a boa-fé e atrair a incidência da putatividade”<sup>40</sup>.

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk admitem a invocação do erro de direito, mas fazem a seguinte distinção quanto à prova:

A diferença de tratamento entre o erro de fato e o erro de direito pode colocar-se no campo da incidência ou não de uma presunção de boa-fé. Presume-se a boa-fé no erro de fato, de modo que essa somente poderá ser elidida mediante prova em contrário. Pode-se dizer que o erro de direito, entretanto, deve ser demonstrado por quem o alega.<sup>41</sup>

Pontes de Miranda não só não admite a putatividade por *erro de direito* (“O erro de direito não pode ser alegado com base na boa-fé. Ninguém se escusa com a ignorância da lei”<sup>42</sup>) como também exige a prova da boa-fé: “[...] tem-se de dar a prova da boa fé”<sup>43</sup>, que não se presume.

Parece não ser esta a melhor orientação: (a) quem casa ignorando a existência de lei impeditiva, casa de boa-fé, embora desatenda àquele preceito da Lei de Introdução; (b) o autor da ação de nulidade ou de anulação deve provar a causa impeditiva, presumindo-se que os cônjuges casaram de boa-fé, por erro de fato ou de direito; (c) a má-fé é que deve ser provada.

<sup>39</sup> CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado: direito de família: artigos 180-254*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 4, 1956. p. 247.

<sup>40</sup> COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao novo Código Civil: do direito pessoal: artigos 1.511 a 1.590*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 17, 2005. p. 282.

<sup>41</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: direito de família, casamento: artigos 1.511 a 1.590*. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, v. 15, 2003. p. 191.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 8, [1956?]. p. 16.

<sup>43</sup> Idem, p. 12.

Não é necessário que o erro seja *escusável*, como se queria no direito mais antigo<sup>44</sup>. Hoje, “tratando-se de boa-fé relativa a erro de fato, não se exige escusabilidade do erro: basta o estado psicológico de ignorância para conduzir à possibilidade de tutela jurídica dos efeitos do casamento contraído em tais condições”<sup>45</sup>.

A ignorância deve existir no momento da celebração, podendo cessar depois. Os efeitos continuam sendo os mesmos, como se o erro não tivesse sido descoberto<sup>46</sup>.

A presença da boa-fé gera efeitos em relação ao outro cônjuge: persiste o dever de prestar alimentos, mesmo depois da sentença. O STF, há muito, firmou o entendimento favorável:

A putatividade, no casamento anulável e mesmo nulo, consiste em assegurar ao cônjuge de boa-fé os efeitos do casamento válido, e entre estes se encontra o direito a alimentos, sem limitação de tempo.<sup>47</sup>

O fundamento está em que o § 1º do art. 221, repetido no § 1º do art. 1.561 do CC/2002, garante efeitos civis ao cônjuge de boa-fé e aos filhos, sem a limitação de tempo, que está no *caput* do artigo (“até o dia da sentença anulatória”).

Carvalho Santos entendia que os alimentos não mais seriam devidos depois do trânsito em julgado da sentença de nulidade, pois, desde então, não são mais cônjuges<sup>48</sup>. Nessa mesma linha estão os que deferem alimentos, “não em virtude do casamento desfeito, mas como indenização por ato ilícito contra ela praticado”<sup>49</sup>.

Pontes de Miranda inclui, na sua classificação, o casamento inexistente<sup>50</sup>. E, como consequência, nega a incidência da boa-fé subjetiva em favor dos

---

<sup>44</sup> CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Op. cit., p. 247.

<sup>45</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 191.

<sup>46</sup> CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Op. cit., p. 248.

<sup>47</sup> STF, RE 81.105/SP, 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, voto vencido Min. Moreira Alves, ac. de 05.09.1978, DJ 08.08.1975.

<sup>48</sup> CARVALHO SANTOS, João Manuel de. Op. cit., p. 250.

<sup>49</sup> Acórdão citado por BUSSADA, Wilson. *Nascimento, casamento, óbito, emancipação, interdição, ausência e o registro civil*. Catanduva, SP: Irmãos Boso, v. 1, 1963. p. 384.

<sup>50</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 7, 1956. p. 371.

cônjuges e dos filhos. Porém parece melhor a corrente que inclui o que poderia ser considerado como casamento inexistente entre os casos de casamento nulo. Com isso, não é feita nenhuma restrição relativamente aos efeitos, o que seria especialmente gravoso para o cônjuge que desconhecesse a causa da inexistência e para os filhos.

16. O art. 1.545 dá eficácia à posse de estado de casados:

Art. 1.545. O casamento de pessoas que, na posse de estado de casadas, não possam manifestar sua vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.

De uma situação de fato que se exterioriza pelo comportamento de pessoas que vivem como se casadas fossem, presume-se a boa-fé.

O art. 1.547 contém regra sobre avaliação de prova dubitativa sobre a existência do casamento: “Na dúvida sobre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados”.

Já foi transcrito o art. 1.554, que assegura a subsistência do casamento realizado por pessoa incompetente. A aparência de legalidade atribui eficácia ao ato.

17. O decreto de invalidade do casamento sugere as questões relacionadas com os atos praticados antes da sentença, relativamente a terceiros de boa-fé.

O art. 1.563 dispõe para o caso:

Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.

É que acontece com a alienação de bens, os atos de administração, as dívidas assumidas para aquisição de coisas necessárias à economia doméstica, etc. (arts. 1.643, 1.644). A tutela “não resulta da putatividade do casamento, mas

da necessidade de conferir segurança aos negócios jurídicos, realizados antes de proferida a sentença de invalidade”<sup>51</sup>.

A disposição não existia no CC/1916. Seria dispensável, porque o sistema já concede essa proteção à boa-fé e à aparência.

O mesmo acontece quando a investigação de paternidade demonstra que o pai é outro, não aquele que negociou na representação do menor. O negócio é válido<sup>52</sup>.

O art. 1.646 trata dos bens do casal que tenham sido objeto de ações reivindicatórias ou extintivas de contrato promovidas por um dos cônjuges, nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.642. O terceiro adquirente, que participou do ato anterior de alienação, perde o bem, ficando apenas com o direito regressivo contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros. É uma regra que excepciona o regime geral de proteção do terceiro adquirente de boa-fé, devendo por isso ter interpretação restrita.

Ainda no que diz com o tema dos bens dos cônjuges e sua alienação a terceiros, convém examinar com rigor a alegação de boa-fé do adquirente, quando houver dúvida sobre a lisura do negócio, muitas vezes utilizado como pano de fundo para encobrir fraude, com desvio de bens da partilha, ou para demonstrar a insolvência do obrigado a prestar alimentos<sup>53</sup>.

18. Os atos realizados antes da sentença que decreta a interdição são, em princípio, válidos, para proteção dos terceiros que negociaram com o interditando.

Para resguardo da boa-fé de terceiros e segurança do comércio jurídico, o reconhecimento da nulidade dos atos praticados anteriormente à sentença de interdição reclama prova inequívoca, robusta e convincente da incapacidade do contratante.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Op. cit., p. 286.

<sup>52</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

<sup>53</sup> MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 22 e ss.

<sup>54</sup> STJ, REsp 9.077/RS, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 25.02.1992, DJ 30.03.1992. Acrescente-se: incapacidade que poderia ter sido percebida pela outra parte.

19. O art. 1.817 mantém a validade e atribui eficácia às alienações onerosas de bens hereditários efetuadas, antes da sentença de exclusão, pelo herdeiro excluído, em favor de terceiro de boa-fé. O mesmo acontece com atos de administração legalmente praticados.

O art. 1.827, parágrafo único, mantém a eficácia das alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.

Explicou Serpa Lopes:

No caso de herdeiro aparente: ele está aparelhado de um título aparentemente legal, embora no fundo contra ele se erga o fundamento de um testamento revogado. Mas o herdeiro aparente ignora essa circunstância: aquele título, nada obstante o defeito de que sofre, lhe comunicou a crença no direito que dele parecia exsurgir.<sup>55</sup>

Esse regime preserva a alienação onerosa efetuada por quem não é o proprietário, em favor do terceiro: “Por isso, a boa-fé do adquirente, nos termos da lei brasileira, vale mais que os direitos do verdadeiro proprietário”<sup>56</sup>.

É caso de aplicação da teoria da aparência, presumindo-se, aqui, a escusabilidade do erro.

O art. 1.828 enfrenta uma situação em que ambas as partes estão de boa-fé: o herdeiro aparente, agindo de boa-fé, pode pagar um legado, acreditando ser essa a sua obrigação; o legatário, também de boa-fé, pode receber o bem. O legislador preferiu proteger a boa-fé do herdeiro aparente, que pelo erro nada responde, ficando o verdadeiro sucessor com direito de proceder contra quem recebeu o legado.

20. O art. 309 do Código Civil atribui validade (leia-se eficácia) ao pagamento feito de boa-fé ao credor putativo. A aplicação do dispositivo depende de prova das circunstâncias que justificam a ideia de ser o credor a pessoa que se apresentava como tal. Nesse caso, não basta a simples alegação de ignorância, sendo exigível que o devedor tenha adotado a cautela recomendada (boa-fé com conteúdo ético).

<sup>55</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 6, 1962. p. 143.

<sup>56</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 9, n. 24, p. 229, mar. 1982.

Veja-se o precedente do STJ:

Direito civil. Pagamento. Teoria da aparência. Código Civil, art. 935. A incidência da teoria da aparência, em face da norma do art. 935 do CC/1916, calcada na proteção ao terceiro de boa-fé, reclama do devedor prudência e diligência, assim como a ocorrência de um conjunto de circunstâncias que tornem escusável o erro do devedor.<sup>57</sup>

O credor putativo não é apenas o que se apresenta com o título (credor presumido), mas também aquele assim indicado pelas circunstâncias, desde que sejam essas suficientes para convencer o devedor diligente e cuidadoso. Além da posse material do título, “nada impede que outras circunstâncias deem margem à aparência de credor”<sup>58</sup>.

O credor real tem ação contra o putativo que recebeu o pagamento, para cobrar até o valor do seu crédito<sup>59</sup>.

21. O CC/2002, embora tenha por nulo o negócio simulado, ressalva, no § 2º do art. 167, os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes. O vício do negócio, que atinge os contratantes, é ineficaz em relação a eles, mas não afeta a posição do terceiro que celebrou negócio com base no negócio simulado.

O negócio simulado – não obstante proclamado nulo – deixa incólumes os adquirentes que venham a negociar com os simuladores, desconhecendo a nulidade. O sistema de repressão à simulação constitui uma das mais significativas aplicações da teoria da confiança na tutela dos terceiros de boa-fé na circulação dos bens.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> STJ, REsp 2.584/ES, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 17.12.1991, DJ 24.02.1992. No mesmo sentido: REsp 12.592/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 23.03.1993, DJ 26.04.1993.

<sup>58</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, v. 4, 2008. p. 207.

<sup>59</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações: artigos 304 a 388*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, t. 1, 2005. p. 191.

<sup>60</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro 3: artigos 138 a 184*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, t. 1, 2008. p. 504.

22. No exercício do poder de representação, o outorgado pratica o ato em nome de outrem (arts. 115 a 120 do Código Civil).

O representante é obrigado a provar às pessoas com quem tratar a sua qualidade e a extensão dos seus poderes, sob pena de responder pelos atos que a esses poderes excederem (art. 118 do Código Civil).

O terceiro fica protegido e pode agir contra o representante. Se estiver de boa-fé, fundado na teoria da aparência, pode proceder também contra o representado. O STJ examinou o caso de empresa que emitiu título de crédito assinado por apenas um diretor, quando, pelos seus estatutos, seriam necessárias duas assinaturas: a alegação “não serve a invalidar o título, aceito de boa-fé pela instituição credora, em face da aparência de legitimidade de representação da mandatária”<sup>61</sup>.

O Professor Comparato assim resumiu o sistema brasileiro na vigência do CC/1916: (i) alguém tolera que outrem aja em seu nome: mandato tácito (art. 1.290 do CC/1916; art. 656 do CC/2002); (ii) sem consentir tacitamente, o representado é negligente em tomar as providências para fazer cessar o abuso: o terceiro tem ação contra o representante (art. 1.305 do CC/1916; art. 118 do CC/2002) e ação indenizatória contra o representado (art. 159 do CC/1916; art. 186 do CC/2002); (iii) se o terceiro descumpre com seu dever de diligência ao tratar com o falso procurador, ele não tem ação alguma, nem contra este, nem contra o pretenso representado (art. 1.306 do CC/1916; art. 673 do CC/2002)<sup>62</sup>.

No caso de *revogação* da representação, o ato extintivo “opera *ipso jure* [...]”. A tutela do terceiro supõe que a outorga lhe tenha chegado ao conhecimento e não a revogação. Para afastar a boa-fé do terceiro, deve-se provar que ele conhecia ou tinha de conhecer a extinção da representação”<sup>63</sup>.

23. Opera-se o *mandato* quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato (art. 653). É o mandato com representação. Também pode haver mandato sem representação, como previsto no Código Civil italiano, quando “o mandatário funciona em seu próprio nome, adquire os direitos e assume

<sup>61</sup> STJ, REsp 10.041/PR, 3ª T., Rel. Min. Dias Trindade, ac. de 21.05.1991, DJ 17.06.1991.

<sup>62</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Aparência de representação: insustentabilidade de uma teoria. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 111, p. 39, jul./set. 1998.

<sup>63</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 3, 1954. p. 312.

obrigações derivadas dos atos praticados com terceiros, ainda quando estes conheçam o mandato”<sup>64</sup>.

Nos termos do art. 662, os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. A essa ressalva deve ser acrescida outra: salvo se o terceiro tiver motivos para confiar na existência do mandato – sendo assim terceiro de boa-fé – com aplicação da teoria da aparência.

O terceiro de boa-fé também fica protegido quando o mandatário age contra as instruções do mandante, mas sem exceder os limites do mandato. Se o terceiro conhecer as instruções e assim mesmo contratar, não pode dizer que esteja de boa-fé: “É de se compreender que as instruções conhecidas do terceiro consideram-se como contidas no mandato”<sup>65</sup>.

A revogação do mandato deve ser notificada a quem possa vir negociar com o mandatário: “Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram [...]”.

No caso de morte do mandante, ou extinção do mandato por qualquer outra causa, são válidos perante os terceiros de boa-fé os atos praticados pelo mandatário que ignora a causa da extinção (art. 689).

24. Na *retrovenda*, o vendedor pode reservar-se o direito de recobrar o bem, em certo prazo (art. 505 do CC).

Esse direito pode ser exercido contra o terceiro adquirente (art. 507). O Código de 1916 continuava: ainda que ele não conhecesse a cláusula de retrato.

Pela lei atual, se o terceiro não tem conhecimento da cláusula, não pode ser afrontado pelo vendedor.

O instituto tem permitido abusos e fraudes, pelo que nem deveria ter sido mantido no atual Código; estando regulado, a sua interpretação deve ser estrita, para proteção do comprador e do terceiro de boa-fé.

25. Ao regular a sociedade anônima, a Lei nº 6.404, de 14 de dezembro de 1976, atribui a qualquer diretor, no silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração, “a representação da companhia e a prática dos

---

<sup>64</sup> ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956. p. 358, nota 38.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 365, nota 64.

atos necessários ao seu funcionamento regular” (art. 144). Nos termos do art. 120 da Lei nº 6.015, de 31.12.1973, Lei dos Registros Públicos, o pedido de registro de pessoa jurídica deve vir acompanhado de declaração indicando “[...] II – o modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente [...]”.

O disposto na lei das sociedades anônimas, fundada na teoria da aparência, protege o direito do terceiro de boa-fé que contrata com a companhia<sup>66</sup>. Modesto Carvalhosa adverte que a ressalva da deliberação do Conselho não deve ser considerada: se o objetivo da norma é proteger o terceiro, a sociedade não pode arguir, com base em resolução do conselho, a invalidade do negócio.

A própria limitação feita no estatuto para o exercício das funções de representação deve ser bem analisada, “porque nem sempre prevalecem”<sup>67</sup>.

Para os atos de administração extraordinária, pressupõe-se que o terceiro observe as cautelas necessárias, aplicando-se aí o princípio da publicidade do estatuto registrado: “Não poderá a parte contrária arguir boa-fé, já que se trata de negócio excepcional que faz presumir a sua diligência em perquirir os limites da representatividade do diretor em juízo”<sup>68</sup>. Mas, para os atos de simples gestão, a publicidade não prevalece, e sim a teoria da aparência<sup>69</sup>.

No art. 158, a Lei das Sociedades Anônimas cuida da responsabilidade dos administradores pelos danos que causarem nas situações ali previstas. Mas, perante terceiros, “o princípio é de que a responsabilidade, perante terceiros, por atos ilícitos dos seus administradores, é da companhia. Isto porque, em face do caráter orgânico da representação, todos os atos praticados pelos administradores são atos da companhia”<sup>70</sup>. É a extensão do princípio da segurança jurídica.

Ao tratar de renúncia e cessão do exercício do cargo de administrador da companhia, “o art. 151 da Lei das S.A. dispõe que a renúncia somente se torna eficaz em relação a terceiros de boa-fé após o arquivamento e publicação, e esse preceito significa que antes do registro e publicidade a renúncia não é

<sup>66</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*: artigos 138 a 205: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nºs 9.457, de 5 de maio de 1997, 10.303, de 31 de outubro de 2001, e 11.638, de 28 de dezembro de 2007. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2009. p. 174.

<sup>67</sup> Idem, p. 182.

<sup>68</sup> Idem, p. 182.

<sup>69</sup> Idem, p. 182-184.

<sup>70</sup> Idem, p. 372.

oponível pela companhia aos terceiros de boa-fé<sup>71</sup>. Acredito que, tais sejam as circunstâncias, o terceiro que, apesar da publicidade, ignora o fato da renúncia pode arguir a sua boa-fé perante a companhia por ato praticado por administrador renunciante que efetivamente continuava praticando atos como se administrador fosse.

Ao tratar de sociedade limitada, assim se manifestou o STJ:

Nas operações mercantis, dadas a intensidade e a celeridade com que se processam, não se exige que os contratantes investiguem reciprocamente os respectivos atos constitutivos para obter certeza a respeito dos poderes dos sócios para representar e contrair obrigações em nome da sociedade. A contratação celebrada com terceiro de boa-fé por sócio que se apresente habilitado a tanto é válida, assumindo este, se contrário seu ato às disposições estatutárias, responsabilidade pessoal perante a sociedade e demais sócios pela reparação dos prejuízos a que deu causa.<sup>72</sup>

26. A lei protege o terceiro adquirente de coisa adquirida em leilão ou estabelecimento comercial (art. 1.268 do CC/02), presumindo, nesses casos, a sua boa-fé. Assim, não está sujeito à pena de perdimento o adquirente de boa-fé de mercadoria estrangeira, adquirida de comerciante estabelecido, mediante nota fiscal: “O comprador de mercadoria exposta em loja sujeita à fiscalização, não pode ser obrigado a investigar o modo como ela entrou no país”<sup>73</sup>.

27. Na falência, a sentença da ação revocatória, que determinar o retorno dos bens à massa (art. 135 da Lei nº 11.101/2005), implica a ineficácia dos contratos celebrados nas situações enumeradas nos incisos do art. 129, inclusive com terceiros de boa-fé, que terão o direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor e de propor contra este ação por perdas e danos (art. 136 e § 2º).

Há uma ressalva: “Na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos

<sup>71</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.:* pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 1996. parte 3, p. 430.

<sup>72</sup> STJ, AgRg-Ag 28.633/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 21.09.1993, DJ 29.11.1993.

<sup>73</sup> STJ, REsp 23.513/RJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 20.10.1993, DJ 08.11.1993.

direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador” (art. 136, § 1º). Essa regra protege o terceiro de boa-fé que adquire título mobiliário emitido com base no crédito do devedor e que não tem condições de conhecer o defeito do negócio, que se apresenta com todas as características de regularidade.

28. No âmbito do direito tributário, regido pela supervalorização do interesse do credor, a Lei Complementar nº 118, de 09.02.2005, deu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional, determinando que se presuma fraude desde a data em que o crédito tributário é inscrito em dívida ativa. Com isso, “a ciência dessa data pelo sujeito passivo da obrigação passou a ser fundamental. Sem ela, evidentemente, não se opera a presunção”<sup>74</sup>.

Segundo Hugo de Brito Machado, ilustrado tributarista, o terceiro não tem como alegar boa-fé no caso de dívida ativa diante da presunção de fraude criada pela lei tributária, salvo quando o negócio é realizado dentro do prazo de 180 dias de validade da certidão de inexistência de débito tributário<sup>75</sup>.

29. “A regra básica que informa o direito cambiário, em termos de defesa do devedor, é a inoponibilidade de exceções ao terceiro de boa-fé. Está no art. 17 da Lei Uniforme: ‘As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor’”<sup>76</sup>. Convém acentuar que o terceiro pode conhecer do vício: mas isso é irrelevante, pois somente não terá proteção quando agir com o propósito de prejudicar o devedor.

Ascarelli explicou a disposição da Convenção de Genebra:

Em princípio, o dispositivo claramente exclui que a simples ciência do vício seja suficiente para tornar oponível a exceção; para que este seja oponível, não basta a simples ciência, mas é necessário que o portador, adquirindo a cambial, tenha agido cientemente em prejuízo do devedor.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*: artigos 139 a 218. São Paulo: Atlas, v. 3, 2005. p. 681.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 692. Nesse caso, prevalece a boa-fé do terceiro que confia na certidão.

<sup>76</sup> BULGARELLI, Waldírio. *Títulos de crédito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1982. p. 184.

<sup>77</sup> *Idem*, *ibidem*.

É de convir que sempre será difícil fazer a prova dessa consciente disposição de prejudicar.

É preciso estar atento para o fato de que não é dever legal do terceiro que negocia com o portador do título verificar a regularidade do negócio fundamental; esse negócio presume-se conforme ao direito se na cártula não há qualquer indício do contrário. Do terceiro de boa-fé, que nada sabe sobre problemas havidos no negócio fundamental, exige-se apenas que verifique o título e, achando-o formalmente conforme ao direito, poderá aceitá-lo. O único risco que assume é o de serem falsas as assinaturas, hipótese na qual, tendo havido um estelionato, suportará o dano do ato criminoso, pois foi a vítima da transferência do título onde constam obrigações não verdadeiras.<sup>78</sup>

Por isso, o terceiro de boa-fé, que recebe um cheque furtado, produto de roubo ou de qualquer outra atividade ilícita, por desconhecer o vício, “poderá se voltar contra o emitente do título”<sup>79</sup>.

30. É possuidor de boa-fé “aquele que está na convicção de que a coisa por ele possuída, de direito lhe pertence. Ao contrário, de má-fé se diz o possuidor que sabe não lhe assistir direito para possuir a coisa”<sup>80</sup>.

A posse de boa-fé só perde esse caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (art. 1.202). Com isso, o legislador atribuiu efeito ao fato superveniente, capaz de alterar a natureza da posse<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*: de acordo com o novo Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003. p. 156.

<sup>79</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. *Contra-ordem e oposição no cheque*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002. p. 110.

<sup>80</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A posse*: notas de aulas. Vitória: Escola da Magistratura do ES, 1986. p. 34.

<sup>81</sup> “Para o Código Francês (art. 2.229), a má-fé superveniente não prejudica. O nosso Código civil (art. 1.202), seguindo os passos do legislador de 1916 (art. 491), filia-se à orientação do sistema jurídico espanhol, de sorte que a boa-fé cessa quando as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora o vício de que padece a sua posse.” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e o novo Código Civil. *Revista Direito Federal*, Ajufe, n. 74, p. 164, nota 7, 2003)

Os arts. 1.214 e 1.217 mostram bem a diferença de tratamento dispensado pelo legislador: ao possuidor de boa-fé assegura o direito aos frutos percebidos, enquanto onera o possuidor de má-fé com a perda de todos os frutos colhidos e percebidos, e os que por sua culpa deixou de perceber. A mesma distinção está nos arts. 1.217 e 1.218, segundo os quais o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, responsabilidade essa que recai por inteiro no possuidor de má-fé, ainda que o fato seja de origem accidental.

A posse de boa-fé só tem interesse em se tratando de usucapião, de frutos e de perda da coisa; para o uso das ações possessórias, a boa-fé não é condição, basta que se trate de posse que não seja violenta, precária ou clandestina<sup>82</sup>.

Para definir a posse como sendo de boa-fé, põe-se a questão de saber se, na hipótese, trata-se de boa-fé psicológica ou ética, cuja distinção foi mencionada acima.

O art. 490 do CC/1916 “só se refere à posse. A boa-fé, noutros ramos do direito, pode ter outros conceitos, e tem. Quanto à posse, não: é de boa-fé quem, por ter adquirido posse, conhece a *causa possessionis* e ignora que ela não fosse suficiente à aquisição justa [...]. Toda limitação que se funde em gradação da culpa é estranha ao sistema jurídico brasileiro. Não é preciso que exista justo título; o que é preciso é que se creia na existência dele”<sup>83</sup>. “Nenhum dever jurídico de conhecer há, de jeito que baste a culpa em não conhecer”<sup>84</sup>.

Quanto à prova, se houver justo título, presume-se a boa-fé do possuidor: “O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé [...]” (art. 1.201, parágrafo único). Inexistindo o justo título, cabe ao possuidor fazer a prova das circunstâncias que justificam a sua alegação de ignorância do vício ou do obstáculo que impedia a aquisição da coisa (art. 1.201, *caput*). Ensinou Pontes de Miranda, citando o artigo do Código Civil de 1916, repetido no atual (art. 1.201, parágrafo único, do CC/2002): “A boa-fé não se presume, salvo se há justo título [...]. O art. 490, parágrafo único, de si só pré-exclui qualquer interpretação que atribua ao sistema jurídico brasileiro presunção geral de boa-fé [...]. A prova da boa-fé incumbe a quem a alega”<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 6, 1962. p. 138.

<sup>83</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 10, [1956?]. p. 128.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 130-132.

Observe-se que o título não é o fundamento da boa-fé, “é apenas o objeto dela”<sup>86</sup>, tanto assim que, faltando o título, ainda assim pode haver boa-fé na posse, apenas que então ela deve ser provada.

Tem sido entendido que justo título, para o efeito da usucapião do art. 1.242 (dez anos), é a escritura a que falte um requisito para por si transferir o domínio. É um equívoco, porquanto “título não é o instrumento, mas, sim, o fato jurídico que gera ou é condição da posse”<sup>87</sup>. “Título” é a causa que legitima o fato da posse. Por isso – penso –, justo título é a relação jurídica que justifica o exercício da posse, tal como o contrato de promessa de compra e venda, ainda que não registrado. A Quarta Turma do STJ, em acórdão da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, decidiu:

Ainda que não passível de registro, a jurisprudência do STJ reconhece como justo título hábil a demonstrar a posse o instrumento particular de compromisso de compra e venda. Aplicação da orientação preconizada na Súmula nº 84.<sup>88</sup>

A I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, aprovou o Enunciado nº 86: “A expressão justo título, contida nos arts. 1.242 e 1.260 do novo Código Civil, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente do registro”. A tese aprovada é restritiva; o que se deve exigir é o justo título da posse, não da propriedade, uma vez que, se o possuidor dispõe de título que lhe transfira a propriedade, não necessitaria recorrer à usucapião.

A relação jurídica apresentada como justificadora da posse não pode ser nula, pois que então não teria efeito. Mas, sendo simplesmente anulável, produz efeito (art. 177).

31. A ação rescisória pode atingir um ato que tenha servido de base a negócio posterior, este celebrado com terceiro de boa-fé.

Com efeito, a anulação de um negócio jurídico envolve a nulidade dos negócios subseqüentes. Todavia, pelo

---

<sup>86</sup> BENATTI, Francesco. Possesso di buona fede e acquisto dei frutti. *Rivista Diritto Commerciale*, v. LVI, n. 9-10, p. 321, 1958.

<sup>87</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 3. ed. adaptada ao Estatuto da Cidade e ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003. p. 669.

<sup>88</sup> STJ, REsp 171.204/GO, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. de 26.06.2003, DJ 01.03.2004.

desdobramento das teorias da aparência e da confiança, que devem reger e nortear todos os negócios jurídicos, os terceiros de boa-fé têm o seu direito resguardado. [...] Quem, pois, de boa-fé adquiriu bem cujo título de origem sofra ulterior invalidação não estará, por meio da ação rescisória, alcançado pelos efeitos reflexos do novo julgado. As partes da sentença desconstituída, diante da impossibilidade de a rescisão ser oposta ao terceiro de boa-fé, terão de resolver a questão entre eles em perdas e danos, tal como se passa nos casos de bens transmitidos por estelionatários ou por herdeiro aparente.<sup>89</sup>

O terceiro que não foi parte no processo não é alcançável pela sentença<sup>90</sup>.

32. O Código Civil de 1916 disciplinava as hipóteses de perda ou furto de coisa móvel, transmitida a terceiro de boa-fé, e protegia o proprietário, autorizando-o a reaver o bem da pessoa que o detiver, ainda que de boa-fé:

Art. 521. Aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel ou título ao portador, pode reavê-los da pessoa que o detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu.

Embora a regra não tenha sido repetida no diploma vigente, penso que o disposto quanto ao crime de furto (e de roubo), distinto de outras figuras criminais, continua valendo, de acordo com os princípios.

No furto, o bem é subtraído contra a vontade do possuidor, daí a justificativa para este reaver o bem que lhe fora furtado. Em outras hipóteses de crime contra o patrimônio, no estelionato e na apropriação indébita, há sempre a participação direta do possuidor, que transfere a posse ao agente. Nessa situação, entre o que contribui para a perda da posse e o terceiro de boa-fé que o adquire, é razoável conceder-se a proteção ao terceiro, que nada fez para que acontecesse o dano.

Quem faz uma alienação, ainda que vítima de estelionato, e transmite a propriedade do bem, não é

<sup>89</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação rescisória. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). *Processo nos tribunais superiores*: de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187-189.

<sup>90</sup> STJ, REsp 158.097/RJ, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 01.12.1998, DJ 15.03.1999.

mais proprietário, não cabendo, por isso, promover ação de reivindicação. O terceiro de boa-fé, ademais, não pode ser prejudicado pela inércia da vítima, ficando impedido de livremente dispor do objeto legalmente adquirido.<sup>91</sup>

Na perda, se resultou de negligência ou descuido do possuidor, este igualmente não tem direito à restituição.

33. O adquirente de bem imóvel cuja construção foi financiada ao incorporador, mediante hipoteca do imóvel a ser construído, não é atingido pela execução da dívida do incorporador perante o seu financiador. Essa jurisprudência se formou com base na legislação do Sistema Financeiro da Habitação, que regula o financiamento do construtor e dispõe sobre os meios de que ele dispõe para receber o seu crédito diretamente do comprador. A tese de que a hipoteca segue o bem (direito de seqüela) aplica-se quando o preço é estipulado considerando o valor da dívida, de tal sorte que, no preço do imóvel, já está abatida a quantia correspondente à dívida hipotecária, que o comprador assume. Nos negócios imobiliários tendo por objeto apartamentos construídos com financiamento, o comprador comumente faz um empréstimo com o banco imobiliário por longos anos, e paga o valor do bem, calculado na sua integralidade. Se, depois disso, ainda tiver a responsabilidade de pagar a dívida do incorporador, pagará duas vezes, e seguidamente para o mesmo banco financiador, que financiou o incorporador sabendo que o destino do imóvel seria a comercialização com terceiros, pelo preço de mercado.

Hoje, há a Súmula n<sup>o</sup> 308 do STJ: “Hipoteca firmada entre construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante o adquirente do imóvel”<sup>92</sup>.

34. A *fraude contra credores*, nos contratos onerosos, tem os seguintes pressupostos: *eventus damni*, que se define pela lesão causada aos credores; *consilium fraudis*, que consiste na intenção comum do devedor e de terceiros de ilidir os efeitos da cobrança; *insolvência* notória ou conhecida pelo outro contraente e a *contemporaneidade* de condição de credor à prática da fraude<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> STJ, RMS 1.496/SP, 5<sup>a</sup> T., Rel. Min. Edson Vidigal, ac. de 22.04.1992, DJ 18.05.1992.

<sup>92</sup> Sobre isso, ver STJ, REsp 171.421/SP, 4<sup>a</sup> T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. de 06.10.1998, DJ 29.03.1999; e REsp 591.917/GO, 3<sup>a</sup> T., Rel<sup>a</sup> Min. Nancy Andrighi, ac. de 16.12.2004, DJ 01.02.2005.

<sup>93</sup> NEVES, José Roberto de Castro. Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002 (artigos 151 a 155 e 158 a 165). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 319.

A ação pauliana é a ação para anulação de atos praticados com fraude. A ação atinge o alienante e o comprador que agiram em *consilium fraudis*.

A fraude contra credores, regulada nos arts. 158 e seguintes do CC, é hipótese de defeito do negócio jurídico, que leva à anulação do (a) ato *gratuito* praticado pelo devedor insolvente ou por ele reduzido à insolvência, ou de (b) contrato *oneroso* do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

“A fraude caracteriza-se pela má-fé e pelo ânimo de prejudicar terceiro”<sup>94</sup>. Por isso se diz que deve haver um conluio (real ou presumido) entre os participantes do ato negocial fraudulento, preservando-se, assim, o terceiro adquirente de boa-fé<sup>95</sup>.

No contrato oneroso, a lei presume a fraude do que contrata com o vendedor, e afasta a sua boa-fé se ele deveria saber da situação de insolvência do alienante, em razão da notoriedade ou da existência de motivos para ser conhecida do outro contratante.

Os terceiros (subadquirentes, sucessores) que contrataram com o adquirente, não sofrem a ação, se estiverem de boa-fé (art. 161). Nesse caso, não prevalece contra eles a presunção do art. 159 (insolvência notória ou motivos para conhecer a insolvência). Os terceiros atingidos são apenas os que tenham agido de má-fé, isto é, com o provado propósito de prejudicar os credores do primitivo transmitente<sup>96</sup>.

Boa doutrina ensina que não se trata propriamente de anulação, com retorno do bem ao patrimônio do devedor, mas de simples ineficácia em favor dos credores, que poderão cobrar como se não tivesse havido a transmissão<sup>97</sup>.

O art. 164 dispõe sobre a presunção de boa-fé dos negócios celebrados pelo empresário: “Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários

<sup>94</sup> CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores: fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

<sup>95</sup> LOVATO, Luiz Gustavo. Fraude à execução. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 552. Nesse sentido, TJRS, AC 70011424942, 7ª C.Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, ac. de 22.06.2005, DJ 29.06.2005.

<sup>96</sup> TJRS, Revista de Jur. 108/462 apud CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 365-366.

<sup>97</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 42. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 101 e p. 396.

indispensáveis à manutenção do estabelecimento mercantil, rural ou industrial do devedor, ou à subsistência do devedor e de sua família”.

A presunção é relativa. Vale até a instalação do concurso universal de credores, porque a partir daí o devedor perde a administração de seus bens<sup>98</sup>. Mas isso para os negócios indispensáveis à manutenção do estabelecimento, não para a subsistência.

35. Tocante à fraude de execução, a jurisprudência do STJ apresenta “a tendência de forte proteção aos terceiros adquirentes de boa-fé”<sup>99</sup>.

O art. 593 do CPC enumera três hipóteses de fraude de execução: (i) quando sobre os bens pender ação fundada em direito real, como no caso de reivindicatória que tenha sido inscrita no Registro de Imóveis, ou for do conhecimento do adquirente; (ii) quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda (já com citação válida) capaz de reduzi-lo à insolvência, e sendo essa ação do conhecimento do adquirente, seja porque foi inscrita a sua distribuição, na forma do art. 615-A, § 3º, introduzido pela Lei nº 11.382/2006, seja porque dela teve por outra via conhecimento de sua existência; (iii) nos demais casos expressos em lei, como acontece com a lei tributária que presume a fraude desde a inscrição de débito em dívida ativa (sendo esse fato do conhecimento do adquirente).

Além desses casos, a alienação ou oneração de bem objeto de constrição judicial (penhora, arresto, sequestro) é ineficaz em relação à execução por ofensa à atividade judicial. Como hoje a penhora deve ser levada a registro, desaparece praticamente o litígio sobre o ponto, mas é preciso consignar que, assim como o registro funciona a favor do exequente, a falta de registro atua a benefício do adquirente, conforme a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Aí está a grande importância da inovação trazida nesse novo parágrafo (§ 4º do art. 659): sem ter sido feito o registro, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o devedor à insolvência. A publicidade dos

---

<sup>98</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano de validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 209.

<sup>99</sup> MELO, Diogo Leonardo Machado de. Artigo 615-A do CPC e a fraude à execução em alienação imobiliária: mais um motivo para proteção ao terceiro de boa-fé? In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento<sup>100</sup>.

Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.953/1994, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se impeditiva da venda a terceiros, em fraude à execução. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação é eficaz, autorizando o uso de embargos de terceiro em defesa da titularidade sobre o imóvel.<sup>101</sup>

O referido art. 659, § 4º, do CPC, com a redação alterada pelas Leis nºs 10.444/2002 e 11.382/2006, contém dois enunciados: de um lado, a averbação no ofício imobiliário gera a presunção absoluta de fraude à execução da alienação posterior; de outro, à falta da averbação, presume-se a boa-fé do terceiro adquirente. Mas essa presunção favorável ao adquirente admite prova contrária:

A caracterização da fraude à execução pode se dar de duas formas, quando apesar de registrada a penhora ocorre a alienação, ou quando se comprova ter o adquirente conhecimento das ações em trâmite contra o vendedor, suficientes para reduzi-lo à insolvência.<sup>102</sup>

O registro da penhora deve ser feito não só para garantia processual, mas para a garantia da estabilidade das relações sociais protegidas pelo Direito e, principalmente, para que o terceiro de boa-fé – a quem o ordenamento jurídico tem o dever de proteger em sua hipossuficiência – não seja prejudicado pela falta de diligência de litigantes em levar a registro a constrição que lhe garantiria a execução do seu crédito<sup>103</sup>.

36. A extinção do contrato bilateral por descumprimento do devedor implica, entre outros efeitos, a restituição das partes à situação anterior. Se houve a alienação de bem, retornará ao patrimônio do vendedor.

<sup>100</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*: Leis nºs 8.455, de 24.08.1992; 8.637, de 31.03. 1993; 8.710, de 24.09. 1993; 8.718, de 14.10. 1993; 8.898, de 29.06. 1994; 8.950, de 13.12. 1994; 8.951, de 13.12. 1994; 8.952 de 13.12. 1994 e 8.953, de 13.12. 1994. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 299.

<sup>101</sup> STJ, REsp 557.358/MG, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. de 18.03.2004, DJ 10.05.2004.

<sup>102</sup> STJ, REsp 1.112.143/RJ, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. de 20.10.2009, DJ 09.11.2009.

<sup>103</sup> WESCHENFELDER, Julio César. A penhora, o registro de imóveis e o terceiro de boa-fé. *Boletim IRIB em Revista*, São Paulo, n. 302, p. 20, jul. 2002.

Esse efeito não acontecerá se o bem tiver sido adquirido por terceiro de boa-fé, isto é, que desconheça o fato de que o bem, por força de sentença, deve retornar ao patrimônio do vendedor. Nesse sentido:

Resolvido o negócio de compra e venda de imóvel, o terceiro adquirente de boa-fé, que confiou no registro e hoje é titular do domínio, não é atingido pelos efeitos da extinção da primitiva relação de direito obrigacional que existia entre o primeiro proprietário e o que vendeu o terreno aos réus. Art. 859 do CC.<sup>104</sup>

37. A hipótese da aquisição de propriedade imóvel por título nulo ou falso está regulada no Código Civil em dois dispositivos:

Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único: Se o imóvel for alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

No regime do art. 879, não há possibilidade de o terceiro adquirente de boa-fé, por título oneroso, perder o imóvel adquirido de quem indevidamente o recebeu. Somente no caso de alienação por título gratuito, ou estando o terceiro adquirente de má-fé, será admitida a reivindicação, protegendo-se, apenas nesses casos, o primitivo proprietário.

---

<sup>104</sup> STJ, REsp 101.571/MG, 4ª T., da minha relatoria, ac. 14.05.2002, DJ 05.08.2002. A referência é ao art. 859 do CC/1916, mas o princípio exposto no acórdão ainda se aplica, embora o atual CC não repita aquele dispositivo.

Assim, para o direito pátrio em vigor, o solvente só tem direito de reivindicar o imóvel se ainda se acha em poder do acipiente; se este o alienou gratuitamente; ou se o tendo alienado a título oneroso, o terceiro adquirente estava de má-fé.<sup>105</sup>

A regra de amparo ao terceiro adquirente se explica, porque, afinal, foi do proprietário a ação de efetuar o pagamento indevido, com ele transferindo o domínio: no confronto entre o interesse de quem deu causa ao impasse e o terceiro alheio àquela situação, a lei acertadamente favorece o terceiro de boa-fé que adquiriu a título oneroso.

Já pela regra do art. 1.247, se o título do vendedor é retificado ou anulado, com o cancelamento do registro, o terceiro adquirente de boa-fé perde o bem em favor do primitivo proprietário, em ação reivindicatória.

Sabe-se que terceiro “é aquele cuja vontade é um elemento estranho à formação do contrato em causa”<sup>106</sup>. Partes no negócio que veio a ser anulado eram o proprietário e o autor da falsificação; a outra pessoa que celebra o contrato com base nessa falsidade é um terceiro na relação, muitas vezes desconhecedor da ilicitude da ação do falsificador, que se apresenta como mandatário apoderado ou se fazendo de proprietário. Esse terceiro pode estar de boa-fé, mas, mesmo assim (diz a nova lei, quebrando o princípio da fé pública), perde o bem em favor do proprietário, apenas porque interagiu com o autor da falsidade. Já o que adquire do adquirente é subadquirente, e a este a lei não se referiu.

A solução do art. 1.247, parágrafo único, contraria o princípio geral de proteção do terceiro adquirente de boa-fé, tão caro ao nosso sistema jurídico, não só civil, mas também penal, processual civil e administrativo, e não constava do Código Civil de 1916. A nova regra é excepcional e, por isso, deve ser interpretada restritivamente. Embora a solução legal não mereça aplauso, ela se justifica porque a relação de que esse terceiro adquirente participou deriva diretamente da falsidade; já aquele que o sucede na relação e recebe o bem a título oneroso é um subadquirente, que não figurou na relação viciada, e recebe

<sup>105</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 3. ed. São Paulo: F. Alves, v. 4, 1930. p. 130. No mesmo sentido: CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações: artigos 928-971*. 7. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 12, 1958. p. 421; a regra permanece a mesma no atual Código Civil.

<sup>106</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215.

o bem, porque o proprietário não atuou a tempo e eficazmente para atacar o ato falso e a sua consequência.

O comentário de Sílvio de Salvo Venosa ao art. 1.247 segue essa linha:

Especifica ainda o artigo que, uma vez cancelado o registro, o proprietário poderá reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente. Trata-se de ação de domínio, reivindicatória. Há que se entender que a ação será movida contra aquele cujo nome constava do registro imobiliário. Terceiros de boa-fé não são atingidos pela nulidade do registro.<sup>107</sup>

38. Na vigência do CC/1916, respeitável corrente de opinião era favorável à proteção do interesse do terceiro adquirente. Àquele tempo, a nossa doutrina se dividiu. De um lado, com base nas lições de Lysippo Garcia, a que aderiram Clovis Bevilacqua, Paulo Lacerda, Sá Freire, Philadelpho Azevedo e Carvalho Santos, sustentou-se que o efeito da nulidade do registro atingia apenas os que participaram do negócio anulado, não terceiros de boa-fé, protegidos pelo princípio da fé pública. Fé pública é a confiança geral na certeza de certos atos<sup>108</sup>. Na presença de ato revestido de fé pública,

[...] a consequência é esta: se o verdadeiro proprietário não deu a devida publicidade a essa sentença que anulou o registro anterior, ou se não moveu em tempo a ação competente, terá de ser preterido pelo terceiro de boa-fé que adquiriu do proprietário inscrito, nesse meio tempo, qualquer direito real sobre o imóvel. Assim, se antes de dada publicidade à retificação qualquer negócio é feito, tendo por objeto aquele imóvel, a transação reputa-se válida e não pode ser prejudicada pela retificação posterior. O Código Civil suíço é expreso no seu art. 973: aquele que adquire a

---

<sup>107</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade: artigos 1.119 a 1.368*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, v. 12, 2003. p. 268.

<sup>108</sup> HUNGRIA, Nelson. O conceito de fé pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 176, p. 19, mar./abr. 1958.

propriedade, ou outros direitos reais, fundando-se, de boa-fé, numa inscrição, é mantido na sua aquisição.<sup>109</sup>

Pontes de Miranda, do alto de sua autoridade, aderiu à tese. Depois de distinguir entre presunção e fé pública, escreveu:

A fé pública assegura a todos que a aquisição ou modo de proceder, que se baseia na fé pública que o funcionário público tenha, está plenamente protegida. Quem adquire o bem registado, por ter fé pública o oficial do registo, ou quem contrata com alguém, que levou, por escritura pública, algum direito e lho cede, está incólume a decretações de invalidade do negócio jurídico registado, ou instrumentado, que importassem em retirar-se aquela fé pública [...]. O registo tem fé pública; e é necessário que o tenha. Para se obviar os inconvenientes disso, há a responsabilidade pelo ato ilícito, por parte dos causadores da inexatidão inoperante, e a responsabilidade do oficial do registo de imóveis. Quem adquire imóvel precisa estar seguro do que adquire, pelo registo. O adquirente de boa-fé, qualquer que seja, é imune às reclamações dos que seriam, sem essa transcrição, ou inscrição, donos.<sup>110</sup>

Entendia-se que a regra contida no art. 968 do CC/1916 (já presente no Esboço de Teixeira de Freitas, art. 3.488, § 2º), a respeito da transmissão de bem em pagamento indevido, era *regra geral* aplicável também aos casos de retificação ou de anulação de registo:

Típico, neste caso, vimos, seria o exemplo citado do art. 968 do Código Civil, pelo qual o adquirente de boa-fé a título oneroso está a coberto de reivindicações, no caso de pagamento indébito de um imóvel. E se esse é o princípio ditado pelo respeito à boa-fé do terceiro adquirente, que, pelo menos, em igualdade de condições com o prejudicado, deve ter a preferência, de

<sup>109</sup> CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*: direito das coisas: artigos 755-862. 9. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 10, 1959. p. 553.

<sup>110</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 11, [1956?]. p. 234 e p. 249.

acordo com a máxima que domina a aplicação da ação pauliana: *in pari causa melior est conditio possidentis*, por que não erigi-lo em regra geral?<sup>111</sup>

Nessa linha, está a regra do parágrafo único do art. 960 do CC/1916 (atual § 2º do art. 1.245 do CC/2002), no sentido de que, enquanto não se transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel; ela expressa “um dos princípios cardeais do sistema do registro predial, adotado pelo Código. É o registro que imprime o caráter de direito real à relação jurídica [...]”<sup>112</sup>. É tido como dono quem consta como tal no registro público, e neste o terceiro pode confiar.

Outros, no entanto, entre eles Afrânio de Carvalho, admitem que, no Direito brasileiro, “a inscrição é modo de adquirir, mas não sana, nem em relação ao terceiro de boa-fé, o vício do título”<sup>113</sup>. Lafayette Rodrigues Pereira foi categórico: “A transcrição, como efeito de firmar o domínio de uma maneira absoluta na pessoa do adquirente, seria em um grande número de casos uma verdadeira expropriação forçada”<sup>114</sup>.

A melhor orientação estava com os que sustentavam o primeiro ponto de vista, pois, se o registro é indispensável para a transmissão da propriedade e assegura a sua publicidade, o que ali está transcrito é o que vale: “Enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”. O cuidado que se deve ter é com a possível fraude, que se caracteriza quando a sucessiva transmissão é usada com o propósito de legitimar a aquisição inicialmente viciada.

Interpretando as disposições do art. 860 e seu parágrafo único do CC/1916, que estão repetidas nos arts. 1.247, *caput*, e 1.245, § 2º, do CC/2002, sobre o fato de o registro não exprimir a verdade, Carvalho Santos escreveu que se aplica, na hipótese de alienação do bem a terceiro, a mesma regra do art. 968:

<sup>111</sup> AZEVEDO, Philadelpho. *Registros públicos*: Lei nº 4.827, de 7 de fevereiro de 1924: comentário e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Almeida Marques, 1929. p. 102.

<sup>112</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 4. ed. São Paulo: F. Alves, v. 3, 1933. p. 477.

<sup>113</sup> CARVALHO, Afrânio de. Princípio de inscrição no registro de imóveis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 235, n. 817/819, p. 13, jul./set. 1971. No mesmo sentido: CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 167 e ss.

<sup>114</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*: adaptação ao Código Civil. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 120.

Outra não poderia ser a solução porque, em verdade, o caso é análogo ao do art. 968 do CC, pelo qual o adquirente de boa-fé a título oneroso está a coberto de reivindicações, na hipótese de pagamento indébito de um imóvel.<sup>115</sup>

39. A desproteção do terceiro de boa-fé adquirente de imóvel, que confia na fé pública dos registros, ofende princípios constitucionais relevantes, a exigir do juiz a ponderada reflexão dos seus efeitos:

Embora o ato absolutamente nulo mereça séria e imediata repulsa do ordenamento jurídico, nem sempre será possível o restabelecimento do *status quo ante*, em face de outros princípios que se entrelaçam e se acham em relação ao sistema de nulidades numa situação de superioridade latente, como é a função constitucional e social da propriedade, a própria finalidade social da norma (art. 5º da LICC), e a boa-fé do terceiro adquirente diante da aparência do direito do alienante (arts. 968 e 1.600 do CC). Essa convalidação – que vamos chamar de social – convalidação da realidade, diante do direito, pode e deve constituir um obstáculo impeditivo de uma ação de cancelamento de registro, calcada na dogmática do art. 214 da Lei dos Registros Públicos, toda vez em que o prejuízo decorrente do cancelamento seja irremediavelmente irreparável, bem maior do que o prejuízo existente na conservação da situação jurídica consolidada.<sup>116</sup>

40. O servidor público que recebe o indevido, estando de boa-fé, fica dispensado da restituição: “Ainda que o recebimento de determinado valor por servidor público não seja devido, se o servidor o recebeu de boa-fé e com base na teoria da aparência, não se pode exigir sua restituição”<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*: direito das coisas: artigos 755-862. 9. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 10, 1959. p. 553.

<sup>116</sup> MELLO, Henrique Ferraz de. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 25, n. 53, p. 56, jul./dez. 2002.

<sup>117</sup> STJ, AgRg-REsp 981.484/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, ac. de 07.02.2008, DJ 20.02.2008.

41. Por último, resta a questão de saber-se se há um princípio geral de proteção jurídica fundado na boa-fé subjetiva, aplicável a todos quantos se encontram em tal estado.

Isso somente pode ser cogitado conceituando-se a boa-fé subjetiva segundo uma perspectiva ética, com o seguinte enunciado: está protegido pela boa-fé aquele cuja ignorância é escusável, por ter adotado o cuidado e a diligência exigíveis para o conhecimento da realidade e mesmo assim não teve condições de saber da proibição, da ilegalidade ou do impedimento.

Menezes Cordeiro suscita o tema e questiona sobre a possibilidade desse princípio:

Poder-se-ia até chegar a um princípio geral da boa-fé subjetiva, traduzido por uma proteção concedida a todo aquele que, tendo acatado os deveres de cuidado exigíveis para o não prejudicar de terceiros, veria sedimentar as posições que, contra eles, obtivesse.<sup>118</sup>

Embora as dificuldades que o tema sugere e as restrições que possam ser levantadas para uma resposta positiva, o certo é que a aplicação da teoria da aparência e da confiança permite a proteção, para além das hipóteses tipificadas na lei, daquele que, em situação de erro ou ignorância escusável, “sem ter consciência de lesar direito alheio”, coloca-se em oposição ao interesse de outrem. Por isso, é de se reconhecer esse princípio geral e aplicá-lo em benefício daquele que incide em erro ou ignorância escusáveis diante de uma situação de aparência ou de justificada confiança.

Resumo.

42. O exposto pode ser assim resumido:

(I) A boa-fé subjetiva serve para consolidar uma situação jurídica favorável ao agente (casamento putativo, usucapião com prazo curto) e para afastar um regime legal que lhe seria desfavorável (aquisição *a non domino*; hipoteca de bem financiado).

(II) Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva são realidades distintas: uma é interna, a outra, externa; uma é crença, a outra é norma de conduta.

<sup>118</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, v. 1, 1984. p. 525.

(III) Mas é possível identificar na lealdade a fonte comum para a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva: a lealdade fundada em convicção interna de agir bem; a lealdade para com o outro, na relação externa.

(IV) O nosso sistema impõe a escusabilidade do erro para certos casos em que protege a boa-fé subjetiva. De ordinário, basta a ignorância.

(V) A exigência da escusabilidade limitaria sobremaneira a aplicação do princípio e criaria dificuldade de prova muitas vezes insuperável.

(VI) A jurisprudência tem aplicado a teoria da aparência e da confiança para tutelar o agente, fora dos casos previstos legalmente.

(VII) A boa-fé subjetiva exerce importante papel em todos os ramos do Direito: (a) em direito obrigacional, no mandato, na representação, na responsabilidade da pessoa jurídica, na resolução dos contratos; (b) em direito das coisas, na posse, na aquisição da propriedade por usucapião, na aquisição de propriedade *a non domino*, na hipoteca; (c) em direito de família, no casamento, na filiação, na posse de estado; (d) no direito das sucessões, a regular a situação do herdeiro aparente; (e) no direito público, em matéria fiscal e na percepção de vantagem pelo funcionário.

(VIII) É possível estabelecer um princípio geral da boa-fé subjetiva, de acordo com os princípios da aparência e da confiança.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Contra-ordem e oposição no cheque*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

ALPA, Guido. Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução: actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 77-92, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, v. 3, 2002.

AZEVEDO, Philadelpho. *Registros públicos: Lei nº 4.827, de 7 de fevereiro de 1924: commentário e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Almeida Marques, 1929.

BENATTI, Francesco. Possesso di buona fede e acquisto dei frutti. *Rivista Diritto Commerciale*, v. LVI, n. 9-10, p. 321-, 1958.

BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, t. 1, 1969.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del negocio jurídico*. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 4. ed. São Paulo: F. Alves, v. 3, 1933.

\_\_\_\_\_. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 3. ed. São Paulo: F. Alves, v. 4, 1930.

BULGARELLI, Waldírio. *Títulos de crédito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1982.

BUSSADA, Wilson. *Nascimento, casamento, óbito, emancipação, interdição, ausência e o registro civil*. Catanduva, SP: Irmãos Boso, v. 1, 1963.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores: fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código civil brasileiro interpretado: direito de família: artigos 180-254*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 4, 1956.

\_\_\_\_\_. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das coisas: artigos 755-862*. 9. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 10, 1959.

\_\_\_\_\_. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações: artigos 928-971*. 7. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, v. 12, 1958.

CARVALHO, Afrânio de. Princípio de inscrição no registro de imóveis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 235, n. 817/819, p. 12-24, jul./set. 1971.

\_\_\_\_\_. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas: artigos 138 a 205: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, 10.303, de 31 de outubro de 2001, e 11.638, de 28 de dezembro de 2007*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2009.

CASTRESANA, Amelia. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao novo Código Civil: do direito pessoal: artigos 1.511 a 1.590*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 17, 2005.

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

COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil: Leis nºs 8.455, de 24.08.1992; 8.637, de 31.03.1993; 8.710, de 24.09.1993; 8.718, de 14.10.1993; 8.898, de 29.06.14994; 8.950, de 13.12.1994; 8.951, de 13.12.1994; 8.952, de 13.12.1994, e 8.953, de 13.12.1994*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ESPINOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro: casamento, relações entre os cônjuges, desquite, filiação e parentesco, regime de bens, tutela e curatela*. Campinas: Bookseller, 2001.

\_\_\_\_\_. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: direito de família, casamento: artigos 1.511 a 1.590*. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, v. 15, 2003.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008.

GIAMPICCOLO, Giorgio. La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Padova, v. 63, n. 9/10, p. 335-358, sett./ott. 1965.

GÓMEZ-ACEBO, F. La buena y la mala fe. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, n. 36, p. 109, 1952.

HUNGRIA, Nelson. O conceito de fé pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 176, p. 18-21, mar./abr. 1958.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.: pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 1996. parte 3.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 2001.

LOVATO, Luiz Gustavo. Fraude à execução. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*: artigos 139 a 218. São Paulo: Atlas, v. 3, 2005.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*: de acordo com o novo Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações: artigos 304 a 388. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 1, v. 5, 2005.

MELLO, Henrique Ferraz de. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 25, n. 53, p. 35-59, jul./dez. 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano de validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Artigo 615-A do CPC e a fraude à execução em alienação imobiliária: mais um motivo para proteção ao terceiro de boa-fé? In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, v. 1, 1984.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, v. 1, 2001.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira. A teoria da aparência jurídica. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas*: novo Código Civil: parte geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NERY, Rosa Maria B. de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão*. 2004. Tese de livre-docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2004.

NEVES, José Roberto de Castro. *Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002 (artigos 151 a 155 e 158 a 165)*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas: adaptação ao Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 3, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 7, 1956.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 8, 1956.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 10, 1956.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 11, 1956.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 3. ed. adaptada ao Estatuto da Cidade e ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 9, n. 24, p. 222-231, mar. 1982.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil - Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 6, 1962.

STF, RE 81.105/SP, 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, voto vencido Min. Moreira Alves, ac. de 05.09.1978, DJ 08.08.1975.

STJ, AgRg-Ag 28.633/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 21.09.1993, DJ 29.11.1993.

STJ, AgRg-REsp 981.484/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, ac. de 07.02.2008, DJ 20.02.2008.

STJ, REsp 1.112.143/RJ, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. de 20.10.2009, DJ 09.11.2009.

STJ, REsp 10.041/PR, 3ª T., Rel. Min. Dias Trindade, ac. de 21.05.1991, DJ 17.06.1991.

STJ, REsp 101.571/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ac. de 14.05.2002, DJ 05.08.2002.

STJ, REsp 12.592/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 23.03.1993, DJ 26.04.1993.

STJ, REsp 158.097/RJ, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 01.12.1998, DJ 15.03.1999.

STJ, REsp 171.204/GO, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. de 26.06.2003, DJ 01.03.2004.

STJ, REsp 171.421/SP, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. de 06.10.1998.

STJ, REsp 2.584/ES, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 17.12.1991, DJ 24.02.1992.

STJ, REsp 23.513/RJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. de 20.10.1993, DJ 08.11.1993.

STJ, REsp 557.358/MG, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. de 18.03.2004, DJ 10.05.2004.

STJ, REsp 591.917/GO, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrichi, ac. de 16.12.2004, DJ 01.02.2005.

STJ, REsp 9.077/RS, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 25.02.1992, DJ 30.03.1992.

STJ, RMS 1.496/SP, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, ac. de 22.04.1992, DJ 18.05.1992.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, v. 4, 2008.

---

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A posse: notas de aulas*. Vitória: Escola da Magistratura do ES, 1986.

\_\_\_\_\_. Ação rescisória. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coord.). *Processo nos tribunais superiores: de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro 3: artigos 138 a 184*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 1, v. 3, 2008.

TJRS, AC 70011424942, 7ª C.Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, ac. de 22.06.2005, DJ 29.06.2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade: artigos 1.119 a 1.368*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, v. 12, 2003.

WESCHENFELDER, Julio César. A penhora, o registro de imóveis e o terceiro de boa-fé. *Boletim IRIB em Revista*, São Paulo, n. 302, p. 14-22, jul. 2002.

