

TEORIA DA APARÊNCIA E CONFIANÇA NA PÓS - MODERNIDADE: A TUTELA DOS CONSUMIDORES

*Fernanda Sabrinni Pereira**

Sumário: 1 Introdução. 2 Importância da legítima expectativa. 3 Da legítima expectativa à tutela da confiança. 4 Teoria da confiança e a aparência. 5 Teoria da aparência e confiança na tutela dos consumidores. 6 Conclusão.

Resumo: A distinção entre aparência e realidade leva inevitavelmente à discussão se os fatos devem se submeter ao direito ou se o direito deve se adaptar aos fatos. Nesse contexto, a teoria da aparência serve para solucionar o impasse, e acertadamente posicionar o que deve prevalecer a situação de fato, ou seja, o erro provocado por uma situação de fato deve prevalecer sobre a realidade. Dessa forma, a teoria da aparência visa proteger aquele que é induzido ao erro por uma aparência, assim, o consumidor que é levado a adquirir determinado produto, porque confiou em uma mensagem publicitária enganosa ou abusiva, tem na teoria da aparência sua proteção. Para isso, é comum recorrer-se às regras da responsabilidade civil para proteger os terceiros de boa-fé levados a crer na existência de um direito, que na realidade não corresponde ao que foi veiculado. De modo geral, a teoria da aparência visa proteger um sujeito de direito, o contratante de boa-fé (condição “sine qua non” da teoria), vítima de um erro. Somente o contratante diligente, que prove que mesmo com sua prudência foi induzido ao erro pela aparência, merece a proteção do direito. Não se pode negar as novas manifestações dessa teoria. Por isso, no presente artigo optou-se pelo estudo e aplicação da teoria da aparência na proteção daqueles que tiveram sua legítima expectativa rompida, por terem confiado em uma aparência de direito, tendo em vista a sociedade complexa e os riscos advindos com a pós-modernidade.

Palavras-chave: Teoria da Aparência. Confiança Legítima. Quebra da expectativa de direito.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

1 Introdução

A sociedade passa por transformações, que devido ao avanço das tecnologias ocorrem de forma cada vez mais acelerada. Essas mudanças precisam ser acompanhadas por uma evolução da ciência jurídica, o Direito deve ter meios hábeis para resolver os conflitos provenientes das alterações.

Atualmente, na denominada pós-modernidade, as relações e interações sociais caracterizam-se pela rapidez nas comunicações, pelo cont(r)ato instantâneo não há discussão acerca das cláusulas contratuais, são eles cativos, geralmente de longa duração. O contrato é hoje despersonalizado, desmaterializado; foi-se a época dos contratos instrumentalizados, não é mais possível visualizar o parceiro contratual, mas apenas a publicidade, a logomarca, os placares e *outdoors*.

A publicidade, novo meio de contratar, inunda o mercado. Seu principal objetivo não é transmitir informações acerca de um serviço ou produto, e sim vendê-lo a qualquer custo. Para isso, muitos fornecedores utilizam de publicidade enganosa (indução ao erro) ou abusiva (antiética), práticas vedadas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista o risco que os produtos representam e a influência que a publicidade exerce no consumo dos cidadãos.

Nesse contexto, a distinção entre aparência e realidade se torna mais difícil, em certas ocasiões torna-se impossível. Portanto, o que era regra para os indivíduos do século XIX – distinguir a aparência da realidade – hoje não se observa. A aparência ganha espaço, a imagem passa a ter papel mais importante que a própria realidade em si, até porque o aparente ganha *status* de real. E o que vigora é a insegurança material e a desconfiança no mercado.

Por não haver uma correspondência entre os atos que o fornecedor pratica, para divulgar um produto ou serviço, a realidade daquele produto é que os consumidores de boa-fé merecem a devida reparação por não terem acesso à realidade oculta pelo fornecedor e contarem apenas com a exteriorização que lhe foi divulgada.

Justamente pela quebra da confiança em sentido amplo e a consequente frustração das expectativas legítimas e pela garantia da segurança jurídica como forma de preservar a confiança dos indivíduos no mercado como um todo, é que deve ocorrer a reparação dos danos causados pela expectativa aparente de direito.

A confiança, como axioma de extrema relevância, deve ser protegida. Esta é uma medida necessária à garantia da segurança jurídica e segurança

das relações, assim, o Direito deve garantir a aparência jurídica, para que não vigore essa desconfiança generalizada.

2 Importância da legítima expectativa

Tendo-se em vista a função primordial do Direito como mecanismo regulamentador e que torna possível a vida coesa em sociedade, todos os indivíduos criam expectativas e necessidades que precisam ser atendidas para se possibilitar uma coexistência de diferentes pontos de vista e interesses.

É necessário que a função primordial do Direito esteja e seja bem definida para que não se espere dele o que ele não é capaz de assegurar. Várias são as teorias que buscam essa definição.

João Baptista Machado (1991, p. 346-347), valendo-se das lições de Luhmann, elucida que o Direito serve para combinar duas funções: assegurar expectativas geradas pelas condutas comunicativas das pessoas responsáveis e dirigir e coordenar dinamicamente a interação social; e criar instrumentos aptos a dirigir e coordenar essa interação. Para ele, na primeira função, o Direito reinstitucionaliza instituições sociais e, na segunda, opera como mecanismo de institucionalização.

Para João Baptista Machado (1991, p. 347) o Direito tutela e cria uma rede suficientemente complexa de agregação de expectativas e de orientações da ação. O que, por seu turno, permite múltiplas possibilidades de ação com forte probabilidade de realização efetiva, assim como a elaboração da experiência humano-social dentro de certos quadros e a expressão de um discurso intersubjetivamente vinculante que, ao viabilizar o enquadramento dos conflitos e o controle das decisões, institui uma ordem de si mesmo apta a desaconselhar a opção pelo recurso à força.

Nesse escopo, o Direito Privado brasileiro necessita avançar em suas teorias e reforçar paradigmas, valores sociais e éticos para alcançar a justiça diante das novas necessidades da sociedade contemporânea, de uma pós-modernidade – mesmo em países emergentes – surpreendentemente aprofundada e destruidora das bases, crenças e instituições comuns. (MARQUES, 2006, p. 209-210).

São nítidas as transformações trazidas pela evolução tecnológica dos meios de comunicação, principalmente, devido à massificação do acesso à rede mundial de computadores.

Essas transformações refletem no Direito, e atinge a consciência dos consumidores como tais, que passam a exigir uma série de direitos e

garantias que antes pensavam ser benefícios e hoje sabem que se tratam de deveres a serem seguidos pelos fornecedores, sobretudo, com advento do Código de Defesa do Consumidor na década de 1990.

Nesse contexto, os consumidores passam a exigir não só mais informações, mas informações claras e precisas. Reclamam por mais segurança e têm consciência do amparo da lei e da existência de um código, por isso são mais exigentes e sabem que podem buscar a reparação por quaisquer danos, morais ou patrimoniais, perante a justiça.

Cláudia Lima Marques (2006, p. 192-193) resume: “valoriza-se a informação, a declaração e a aparência”. Ela continua explicando, com fundamento nos estudos do autor alemão Wiebe, que o comunicado ou informado é uma forma de responsabilidade; a informação leva à imputação, ou seja, aquele que informa deve assegurar e proteger as expectativas legítimas por ele despertadas no grupo coletivo de seus expectadores. Disso decorre o fato de o Direito impor garantias mínimas para assegurar a liberdade do outro e a possibilidade de uma definição própria de como e com que conteúdo ocorrerá a contratação.

A expectativa legítima poderia ser definida através da necessidade de um novo paradigma, mais objetivo, além da subjetividade da boa ou má-fé do fornecedor, um *standard* de segurança e qualidade que pode ser esperado por todos os consumidores atuais e futuros. (MARQUES, 2006, p. 1143).

Como ensina Ghestin (1980, p. 411), fornecendo espontaneamente certas informações, a parte que as prestou faz desaparecer na outra a necessidade de buscar esclarecimentos, pois há uma tendência a crer na sinceridade do contratante, visto que sempre se presume a boa-fé. Isso é o que o autor francês denomina “a confiança legítima fundada nas informações fornecidas pela outra parte”.

As relações sociais baseiam-se nessa confiança legítima, na regularidade do Direito, na lealdade das informações prestadas. Tendo em vista essa lealdade, pressupõe-se que a ninguém é permitido criar falsas ilusões no outro, mas se isso ocorrer, deverá suportar o ônus de tal conduta, pela quebra das expectativas legítimas daquele que confiou na aparência de direito que lhe foi criada.

Contextualizando, e em outras palavras, o Direito em nome da garantia da segurança jurídica deve prezar pela permanência das condutas leais (boa-fé), de tal modo, a legítima expectativa criada por uma mensagem publicitária enganosa ou abusiva, que faz com que o consumidor confie no que foi prometido, gerando nele uma aparência de direito que não corresponde à realidade e deve ser ressarcida.

Para discorrer acerca da possibilidade de responsabilização do fornecedor que não agiu conforme as regras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor e por todo o ordenamento jurídico vigente, a opção adotada neste artigo foi a de demonstrar que a expectativa legítima tem a tutela da confiança, a qual se liga diretamente à teoria da aparência, norteadas por princípios civis-constitucionais, mas deles independente, sendo essa teoria perfeitamente aplicável ao caso concreto das consequências geradas pelas publicidades enganosas e/ ou abusivas.

3 Da legítima expectativa à tutela da confiança

Cláudia Lima Marques (2006, p. 195) assinala que o Brasil vive atualmente uma desconfiança generalizada, a qual pode estar ligada à insuficiência da dogmática, ou da forma como são interpretadas, aplicadas e concretizadas as normas de Direito Privado.

Ensina a autora, com fundamento no autor alemão Canaris, que a confiança deve ser protegida pelo Direito justamente porque é, normalmente, condição e influência decisiva ou causa da conduta negocial, da disposição realizada. Assim, “para alcançar a necessária ‘eficácia’ dos instrumentos jurídicos, o magistrado de hoje deve ‘ver’ e visualizar contextos e fatores virtuais e aparentes, antes pouco valorizados”. (MARQUES, 2006, p. 205).

Dessa forma, ao proteger a confiança o Direito não faz uma opção arbitrária, antes obedece a pressupostos inerentes à sua natureza e função. (MACHADO, 1991, p. 384).

De acordo com a teoria da confiança, a vontade declarada só prevalece em caso de conflito com a vontade real, ou seja, somente substitui a vontade inexistente quando o destinatário tiver suscitado um grau elevado de confiança e levando em consideração as circunstâncias objetivas do caso, tenha acreditado na normalidade da declaração, atuando com fundamento na crença legítima. (RÁO, 1994, p. 166).

Baptista Machado (1991, p. 352) ensina que “o princípio da confiança é um princípio ético – jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem”.

Serve a tutela da confiança como medida necessária à segurança do tráfico, decorrente dessa necessidade o Direito deve garantir a aparência jurídica, pois a comunicação entre os homens gera expectativas.

Nesse contexto, da tutela da confiança, “o direito apenas vem dar cobertura a autovinculação resultantes da comunicação entre as pessoas

– ou então vem tutelar a aparência jurídica, na medida do necessário para a segurança do tráfico”. (MACHADO, 1991, p. 352).

O Direito como instrumento de garantia dessas expectativas normativas, continua a utilizar a sua linguagem, no entanto, conforme a teoria dos sistemas de Luhmann, conseguirá adequar a sua complexidade à complexidade dos outros sistemas, por meio de sua abertura cognitiva. Pela teoria dos sistemas, a norma será entendida como válida se observar um conjunto de operações exclusivamente do sistema jurídico, através de uma comunicação entrelaçada à outra em pleno processo contínuo.

Sob a perspectiva de sua teoria, Luhmann (2005, p. 5-14) define a confiança como um *fato básico da vida social*, de tal maneira que uma ausência completa de confiança lhe impediria, inclusive, de levantar-se pela manhã. Cada dia os seres humanos apoiam sua confiança na natureza do mundo, ou na natureza humana. Desse modo, a confiança é um sistema social com seu próprio sistema especial de regras, influenciada tanto pela personalidade quanto pelo próprio sistema social. Desse modo, a confiança nos estudos de Luhmann, seria um mecanismo de redução da complexidade que permite oferecer segurança e orientações dirigidas ao futuro. A confiança não garante uma certeza absoluta, mas permite um futuro que, ainda que permaneça incerto, se faz confiável; é uma aposta feita no presente, baseando-se nas experiências do passado, ou seja, uma aposta que se faz no presente para o futuro com base no passado.

Tendo como ponto de partida os ensinamentos do autor alemão e aplicando-os nos consumidores da sociedade brasileira, observa-se que, para que os indivíduos tenham confiança no mercado e possam assim dar continuidade à vida em sociedade, cuja exigência do mundo capitalista atual é o consumo, a necessidade é que a confiança seja um axioma valorizado e presente.

Ausente a confiança, não há formação de expectativas e uma sociedade sem expectativas legítimas não é capaz de assegurar um convívio harmônico. A confiança substitui as informações insuficientes, se garantidas as expectativas criadas, pela garantia da segurança essencial.

Portanto, os meios de comunicação – responsáveis pela formação de opiniões, pelas informações que veiculam, pelos produtos que vendem – ao gerar expectativas legítimas devem honrá-las à sua medida, para que a segurança no mercado seja mantida e a confiança não desapareça, sendo capaz de cumprir seu papel de crença no presente, por meio das atitudes do passado, de que o futuro prometido será assegurado.

Claudia Lima Marques (2006, p. 188-189), apoiada em Karl Larenz, ensina que a confiança é um princípio imanente de todo direito, é um princípio diretriz das relações contratuais. Ela merece proteção e é fonte autônoma de responsabilidade, tem suas raízes no personalismo ético, pois a pessoa livre, social e racional determinará a si mesma, responderá pelos seus atos e respeitará a dignidade das outras pessoas, criando uma harmonia maior nas relações jurídicas.

A confiança passa a ser valor inerente ao contrato, e não mais mera solução das divergências existentes entre a vontade interna e aquela declarada, a chamada teoria dos vícios do consentimento. A teoria da vontade concentrava-se naquele indivíduo que emitiu erroneamente sua vontade no momento de sua celebração. (MARQUES, 2006, p. 280).

Por outro lado, a teoria da confiança protege as expectativas legítimas da contraparte que confiou nas obrigações e no vínculo declarado pelo parceiro, tem como fim maior proteger não apenas o indivíduo, mas os efeitos do contrato, assegurando, pela intervenção do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações. (MARQUES, 2006, p. 281).

Nesse viés, é importante salientar que mesmo alguns efeitos não expressamente declarados no contrato, se amparados na boa-fé, devem integrar a relação contratual, visto que o interesse legítimo criado gera confiança. Esta é necessária à garantia da segurança jurídica e o contrato não produz efeitos apenas nas partes que nele figuram, mas em toda sociedade.

Tendo em vista essa relação entre o axioma da confiança e a aparência é que se passa a discorrer sobre essa relação e sobre a teoria da aparência.

4 Teoria da confiança e a aparência

A doutrina ao se referir à teoria da aparência, costuma citar exemplos do representante que atua com poder ou capacidade aparente, do herdeiro aparente, do casamento aparente etc.

Neste artigo, entretanto, será dado enfoque à incidência da teoria da aparência na proteção dos consumidores influenciados por mensagens publicitárias enganosas e abusivas.

Álvaro Malheiros (1978, p. 47-59) ensina que a teoria da aparência surgiu como reação à excessiva formalização de certas situações, o que se deu recentemente, pois somente a partir dos últimos cem anos é que surgiu a necessidade, nas relações negociais, de se desprezar a realidade

pela aparência. O autor ressalta que nos textos do Direito Romano se observava não a teoria da aparência, mas apenas figuras de aparência, sendo que foi no Direito germânico que nasceu a primeira formulação do princípio da aparência de direito.

Kümpel (2007, p. 27) analisando a origem da teoria da aparência, cita o autor José Luis de los Mozos, para o qual tem-se na noção de *fides* a gênese da aparência, repercutindo, em primeiro momento, na boa-fé subjetiva no campo dos direitos reais, especialmente nas relações possessórias. Cita também o posicionamento de Ihering, para quem a aparência teria surgido de atos fictícios, que visavam burlar o formalismo do Direito Romano.

Em tempos remotos, e ainda nos dias atuais, alguns autores não reconheciam a admissão da teoria da aparência sob o argumento de que ela atenta contra a liberdade do consentimento, e a regra de que “a ninguém é dado transferir um direito que não seja seu”, ou mais direito do que tenha, ou porque consagra o triunfo do fato sobre o direito. (RÁO, 1994, p. 197).

Contudo, principalmente na sociedade atual, pós-moderna, em que todas as comunicações são rápidas e ágeis e o tempo de reflexão dos consumidores diminuiu significativamente, prevalecendo os *outdoors*, as grandes campanhas publicitárias, os contratos de adesão e os cativos de longa duração; imprescindível é o reconhecimento e prevalência da teoria da aparência. Frente a essas alterações pós-modernas, o que não pode ser alterado é a confiança legítima e a segurança jurídica dos consumidores no mercado e na ciência do Direito.

Álvaro Malheiros (1978, p. 41) afirma que a aparência é fruto das exigências de rapidez nas comunicações, da aceleração dos negócios e da circulação dos bens na vida moderna, é ela a resposta a uma necessidade jurídica – econômico – social.

A aparência se justifica por ser inafastável das realidades da vida, nas quais se deve considerar o que comumente acontece, pois o homem não atribui tanta relevância ao conteúdo dos atos que realiza, e prioriza o aspecto exterior dos eventos que se apresentam. Em outras palavras, o princípio da proteção dos terceiros de boa-fé e a necessidade de segurança nas relações jurídicas justificam a teoria da aparência. (RIZZARDO, 1982, p. 226).

Anne Danis-Fátome (2004, p. 237) reconhece que a aparência é um mecanismo em expansão no direito privado com reflexos profundos nos contratos bilaterais, uma nova espécie de triunfo dos fatos sobre o direito. Afirma que, atualmente, a aparência de um ato ou relação se substitui ao próprio contrato ou é a verdadeira base do contrato. Por isso, a aparência deve ser reconhecida em norma positiva, criando direitos em casos de

expectativas legítimas, quando presente a prévia boa-fé subjetiva para que a aparência afaste as outras normas. Para a autora francesa, deve haver a criação de um novo efeito obrigatório da informação, pois mesmo que falsa e na publicidade, se a aparência cria expectativas legítimas em pessoas de boa-fé e preconiza também a ineficácia de cláusulas escondidas, é necessário uma juridicização maior da aparência no direito civil dos contratos.

Vitor Kumpel (2007, p. 57-58) discorre que a aparência é a proteção feita pelo sistema jurídico, por meio de princípios e regras, os quais garantem existência, validade e eficácia a algumas relações jurídicas que levam o terceiro de boa-fé subjetiva a crer na seriedade do negócio pela incidência da boa-fé objetiva, embora a situação esteja fundamentada em uma condição insubsistente, deverá mesmo assim gerar efeitos regulares.

A teoria da aparência de direito, para Álvaro Malheiros (1978, p. 43-50), não se fundamenta em nenhum outro princípio para existir, se não em sua própria aparência. Cita o mesmo entendimento proferido pelo autor italiano D'Amelio, para o qual a teoria da aparência se afirmou para regular determinada relação, mas passou a fazer parte do sistema geral como verdadeiro princípio que pode ser invocado para regular outras situações jurídicas.

Vicente Ráo (1994, p. 203) explica, com fundamento no autor francês J.C. Auoy, que a aparência não se apoia sobre o princípio da boa-fé, mas antes, esta constitui o elemento psicológico da teoria da aparência, sem que seja o seu fundamento, visto que ela (boa-fé) não é suficiente para criar o direito.

“Ver-se-á que, sem sombra de dúvida, a aparência é um princípio geral do direito, com incidência relativa, pois só não pode ser aplicado contra *legem*, até porque, muitas vezes, contrapõe princípios que dão eficácia à situação real.” (KÜMPEL, 2007, p. 61).

O direito brasileiro prevê a teoria da aparência e possui os pressupostos necessários à incidência da referida teoria, não precisando adotar pressupostos alienígenas para tal. (KÜMPEL, 2007, p. 122).

A aparência pode criar um direito, pois se um grupo todo acredita na aparência, ela se confunde com a realidade. De tal modo, o fornecedor que aparentemente cria uma realidade e faz com que consumidores acreditem (confiança) no que foi veiculado (publicidade enganosa ou abusiva) ele criou expectativas legítimas, e esta deve ser tutelada pelo direito. Enfim, a aparência cria direito.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (1982, p. 225) “quem dá lugar a uma situação jurídica enganosa, ainda que sem o deliberado propósito de

induzir a erro, não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o direito de quem depositou confiança na aparência”.

Vicente Ráo (1994, p. 204) enumera os requisitos objetivos e subjetivos da aparência de direito, sendo impossível não passar por eles. Como requisitos essenciais e objetivos, o autor elenca a necessidade de:

- i) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma segura situação de direito; ii) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; iii) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se realmente existisse.

Nos requisitos essenciais subjetivos enumera: “*i*) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; *ii*) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu”. (RÁO, 1994, p. 204).

Quanto ao erro, o referido autor, Vicente Ráo (1994, p. 204), esclarece que ele não se confunde com a aparência, porque nesta a vontade de quem erra prevalece como se fosse realidade e não mera aparência, enquanto que em casos de erro a vontade é protegida pela anulação do ato.

Para Vitor Kümpel (2007, p. 111) um dos pressupostos para incidência da aparência é que:

O ato jurídico aparente, sem dúvida nenhuma, implica exteriorização de vontade e consciência dessa exteriorização da vontade, ainda que baseado em uma premissa originariamente inexistente ou nula; o ato, porém, ele mesmo, é existente, válido e eficaz.

Fernando Noronha (1994, p. 144) afirma que para que seja tutelada a aparência jurídica é necessário a observância de três pressupostos, sendo dois absolutamente necessários e o terceiro dispensável em certos casos: a situação de fato externa, geradora da situação de aparência; a confiança legítima do interessado, fundamentando a sua boa-fé e a imputabilidade objetiva da situação ao prejudicado, este é o pressuposto dispensável, tendo-se em vista que nem sempre a tutela da aparência depende de uma conduta culposa ou dolosa do prejudicado, embora se exija que este tenha contribuído para ela, seja por ação ou omissão.

Não há dúvidas de que a confiança e a segurança são fatores essenciais que impulsionam o consumidor a acreditar em determinada mensagem publicitária e, posteriormente, no produto ou no serviço veiculado a ela.

Porém, muitas vezes essa confiança e segurança não são utilizadas no sentido correto do termo. Em outras palavras, o fornecedor utiliza-se de publicidade que não contém as informações essenciais e necessárias para cativar um maior número de consumidores que, ao confiar na mensagem enganosa e/ou abusiva aceitam a oferta ali propagada e adquirem o produto ou serviço.

A confiança e a segurança são dois axiomas que devem prevalecer no mercado, mas da forma como vem sendo utilizados, somente para incitar ao consumo, tem sido, ao revés, responsáveis pela crise da pós-modernidade, em que se verifica a desconfiança e a insegurança dos consumidores. Para isso, a responsabilidade civil deve ser meio hábil não apenas para ressarcir o consumidor, mas como punição e coerção ao empresário/fornecedor. Para se enfrentar a pós-modernidade, os conflitos e inseguranças por ela gerados, é necessário valer-se de uma interpretação civil-constitucional dos contratos, atendo-se para o fato de que a aparência cria expectativas legítimas nos consumidores de boa-fé, expectativas estas que demonstram que o aparente veiculado em mensagem publicitária passa a ser o início da formação do vínculo contratual, motivo pelo qual esse vínculo passa a ser mais forte.

Os princípios do direito privado, dentro da perspectiva civil-constitucional devem ser conjuntamente utilizados, de forma harmônica e complementar.

Dentro dessa perspectiva civil-constitucional e para se demonstrar a incidência da teoria da aparência nas relações contratuais ou *quasi-contratuais* da atualidade, é mister elencar os princípios que a norteiam e a tornam possível.

Para que se verifique a incidência da Teoria da Aparência, é necessário que se destaque princípios de Direito Privado que a norteiam, sendo aqui citados os mais relevantes, dentre eles, os princípios da *boa-fé*, *abuso de direito*, *justiça contratual* e *autonomia privada*. Insta afirmar que em termos valorativos, a Teoria da Aparência se fundamenta, respectivamente, nos axiomas da *segurança* e *lealdade*, *eticidade*; *igualdade* e *liberdade*.

Enfim, a parte que cria deslealmente a aparência de existência de direitos, quando esta tinha subsídios para crer na mensagem que lhe foi transmitida, deve responder por essa legítima expectativa criada. Isso porque, conforme visto, todos os atos de comunicação influenciam comportamentos, sobretudo as mensagens publicitárias que possuem alto teor persuasivo, devendo por isso zelarem pela autenticidade e coerência que exteriorizam.

A expectativa nos casos das publicidades enganosas e abusivas é, na verdade, legítima expectativa aparente de direito, visto que não respeitam as regras éticas impostas e frustram a confiança depositada pelo consumidor não só no produto ou serviço, mas no mercado como um todo.

Essa expectativa aparente de direito deve ser reparada.

5 Teoria da aparência e confiança na tutela dos consumidores

Trazendo o tema para a sociedade de consumo atual, em que tudo é publicidade e *marketing*, em uma era que prevalece o incentivo aos consumidores a consumirem, e não a refletirem no que necessitam consumir, observa-se que as alterações sofridas com o avanço do meios de comunicação que levaram a massificação das necessidades de consumo não foram capazes de modificar a posição de inferioridade ocupada pelos consumidores (desequilíbrio).

Ao revés, os consumidores continuam necessitando do acesso a informações claras e precisas, principalmente, da proteção da confiança que depositam em uma marca, em um fornecedor, em um contrato e na palavra. A desconfiança não deve preponderar e para isso, deve somente garantir e proteger as expectativas legítimas e a tutela da confiança.

Lembrando que “o mercado deve ser um lugar seguro, onde possa haver harmonia e lealdade nas relações entre consumidores e fornecedores e onde não se necessite sempre ‘desconfiar’ do outro”, imprescindível é a tutela da confiança pelas legítimas expectativas criadas. (MARQUES, 2006, p. 288).

E na luta por esse “lugar seguro” é que deve ser reconhecida a teoria da aparência nas relações privadas e a responsabilidade pela confiança, como forma de garantir as expectativas legítimas, não somente para reparar um dano causado aos consumidores, mas como forma de coibir a prática frequente dos fornecedores, que passarão a refletir antes de causar qualquer dano.

Com essas finalidades, o Código de Defesa do Consumidor instituiu a tutela da confiança pelo menos em dois aspectos: i) quando procura assegurar o equilíbrio contratual, por meio da proibição de cláusulas abusivas e da interpretação sempre pró - consumidor, e ii) quando garante ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, bem como evitando riscos ou prejuízos oriundos desses produtos e serviços. (MARQUES, 2006, p. 282).

Ora, se a publicidade é formulada unilateralmente pelo fornecedor não há dúvidas de que ele irá priorizar as informações que sejam úteis à venda do produto ou serviço, sem se preocupar, muitas vezes, com a qualidade da informação prestada, tampouco com sua clareza ou precisão.

Dessa forma, imprescindíveis são as normas cogentes editadas pelo Código de Defesa do Consumidor como forma de garantir e proteger a confiança do consumidor no produto veiculado, na prestação do serviço ou fornecimento deste tal e qual na publicidade.

A boa-fé que não era sequer expressa no Código Civil de 1916, é hoje elemento essencial às relações contratuais e extracontratuais, ela é requisito indispensável à garantia da confiança dos indivíduos nas relações que estabelecem e como forma de garantir a segurança jurídica, enfim, como dever anexo de conduta.

Cláudia Lima Marques (2006, p. 206) citando vários autores, como Rizzardo e Canaris, afirma que no Brasil a teoria da aparência e a boa-fé são utilizadas para afirmar que as relações sociais baseiam-se na confiança legítima e merecem a especial proteção do Direito. Confirmada essa teoria no mundo atual, virtual e visual dos contemporâneos contratos de consumo, a própria aparência já é importante, o contrato e a prestação desmaterializaram-se. Por isso, importante conceber a confiança como eixo central das condutas e como fonte jurídica e dela retirar responsabilidades específicas.

Também “o princípio da confiança é fundamental na teoria da aparência, pois é o próprio nexo de causalidade que protege o terceiro de boa-fé”. (KÜMPEL, 2007, p. 135).

A aparência de seriedade de uma oferta por vezes é tamanha que desperta a confiança no homem médio atingido pela publicidade, às vezes veiculada sem os cuidados devidos, principalmente por causa da sua característica marcante: o forte apelo visual.

Entretanto, é impossível imaginar a sociedade pós-moderna sem a publicidade, é ela a força propulsora que sustenta a sociedade capitalista, ou seja, é peça fundamental do consumo na sociedade globalizada em que tudo é informação.

Na pós-modernidade o aparente, o informado, declarado na publicidade é a base para o vínculo contratual. Por isso, a importância da teoria da aparência e da confiança na tutela dos consumidores, uma vez que deve ser garantida a legítima expectativa daqueles que confiaram no ofertado pelos fornecedores, como forma de tutela dos consumidores (parte vulnerável) e da sociedade como um todo (confiança no mercado).

6 Conclusão

Conforme explanado, a aparência de seriedade da publicidade faz nascer no consumidor expectativas e confiança naquilo que é veiculado, não pode, portanto, esse consumidor de boa-fé subjetiva ser lesado pela má-fé objetiva do fornecedor.

Nesse viés, a teoria da aparência quando aplicada à publicidade enganosa ou abusiva, faz surgir na relação, que em fase de publicidade é quase-contratual, uma necessidade de responsabilização pelo fornecedor que atingiu cognoscitivamente os consumidores, criando nestes uma expectativa de que a promessa veiculada seria cumprida nos exatos moldes em que foi transmitida. Enfim, aquele que deu azo à aparência se obriga pelo risco.

A confiança gerada não pode ser frustrada e as expectativas legítimas devem ser mantidas, pois aquele que se utiliza da publicidade para vender seu produto ou serviço deve tomar as medidas necessárias, caso contrário não se pode prejudicar o consumidor, o qual deverá ser ressarcido – aqui com a possibilidade de contratar nos moldes da oferta.

A oferta vincula. A publicidade, independentemente de ser verdadeira ou falsa, enganosa ou abusiva, gera a obrigação de contratar. Gera também a responsabilidade pós-contratual, porque mesmo após a formação do contrato, o dever de garantia nas relações de consumo, garantia dos vícios pelos produtos colocados no mercado, permanece. E não poderia ser diferente. Assim, a responsabilidade é pré e pós-contratual. A Teoria da Aparência se aplica não apenas na formação do contrato, mas durante a sua execução e após sua efetivação.

Os atos de comunicação influenciam comportamentos, sobretudo as mensagens publicitárias que possuem alto teor persuasivo, devendo por isso zelarem pela autenticidade e coerência que exteriorizam, sob pena de causar danos e frustrar expectativas.

Enfim, aquele que cria deslealmente a aparência de existência de direitos na contraparte, quando esta tinha subsídios para crer na mensagem que lhe foi transmitida, deve responder por essa legítima expectativa criada.

TEORIA DE LA APARENCIA Y CONFIANZA EN LA POS-MODERNIDAD: LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES

Resumen: La distinción entre apariencia y realidad lleva inevitablemente a la discusión si los hechos deben someterse al derecho o si el derecho debe

adaptarse a los hechos. En ese contexto, la teoría de la apariencia sirve para solucionar el impasse, y acertadamente posicionar que debe prevalecer la situación de hecho, o sea, el error provocado por una situación de hecho debe prevalecer sobre la realidad. De esa forma, la teoría de la apariencia pretende proteger aquel que es inducido en error por una apariencia, así que, el consumidor que es llevado a adquirir determinado producto porque confió en un mensaje publicitario engañoso u abusivo tiene en la teoría de la apariencia su protección. Para eso, es común recurrirse a las reglas de la responsabilidad civil para proteger los terceros de buena fe llevados a creer en la existencia de un derecho, que en realidad no corresponde al que fue vehiculado. Generalmente, la teoría de la apariencia pretende proteger un sujeto de derecho, el contratante de buena fe (condición sine qua non de la teoría) víctima de un error. Solamente el contratante diligente, que pruebe que mismo con su prudencia, fue inducido al error por la apariencia, merece la protección del derecho. No se puede negar las nuevas manifestaciones de esta teoría. Por eso, en el presente se optó por el estudio y la aplicación de la teoría de la apariencia en la protección de los que habían roto la confianza legítima, ya que se basó en una apariencia de derecho.

Palabras-clave: Teoría de la Apariencia. Confianza Legítima. Quiebra de la expectativa de derecho.

REFERÊNCIAS

DANIS-FATÔME, Anne. **Apparence et contrat**. Paris: LGDJ, 2004.

GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil: les obligations: principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause, théorie générale des nullités**. Paris: LGDJ, 1980. v. 1.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da Aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Editora Método, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e “vh”. In: **Obra dispersa**. Braga: Scientia Iuridica, 1991. v 1.

MALHEIROS, Álvaro. Aparência de Direito. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial**. São Paulo, n. 6, p. 41-77, out./dez. 1978.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 3. ed. anot. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da Aparência. **AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 29, n. 24, ano IX, V. 29, p. 222-231, Mar. 1982.

☰ Recebido: março/2010
Aprovado: agosto/2010