

TÓPICA E BOA-FÉ POSSESSÓRIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO USO DA TÓPICA PARA A CONCRETIZAÇÃO DA BOA-FÉ EM MATÉRIA DE POSSE

Venceslau Tavares Costa Filho.¹

1. Sistema fechado e pensamento formal: o direito como pressuposto de validade de si mesmo.

1.1 O dogma da completude do direito: sistema e pensamento formal no direito.

Desde as primeiras manifestações do jusnaturalismo racional (ou cartesianismo) nos séculos XVII e XVIII e mesmo após a forte influência do positivismo jurídico - verificada até a primeira metade do século passado; predominaram as teorias que procuraram provar que o direito se constituía em um conhecimento científico, gozando de autonomia. Tal tentativa de demonstrar a autonomia do direito como ciência chega ao extremo com Hans Kelsen, o qual propõe com o seu *princípio da pureza* retirar da ciência do direito tudo o que lhe é estranho, a fim de melhor compreendê-la. Tércio Sampaio Ferraz Jr. diz que o *princípio da pureza* seria aquele pelo qual

método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isso valia tanto para o objeto quanto para o método.²

Hans Kelsen propõe um corte epistemológico, ou seja, limitar o objeto da ciência do direito à norma (e proposições normativas), excluindo-se do núcleo da ciência do direito o estudo de fatos sociais, políticos, históricos, etc. Propugna, também, um corte axiológico, a fim de afastar do direito a noção de valor; já que para Kelsen somente era

¹ Aluno do Mestrado (área de concentração direito privado, linha de pesquisa constitucionalização do direito civil) do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Civil da FAPE e do IESO. Professor de Retórica Jurídica da FAPE.

² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. São Paulo: "O Estado de São Paulo", 1º de novembro de 1981, n. 73, p. 13.

admissível discutir-se a forma pela qual o direito se apresentava. O debate acerca do conteúdo das normas era estranho ao direito, na opinião de Kelsen, sendo esta uma decisão política ou ética do legislador ou do criador da norma (o juiz, a administração, etc). A cientificidade do conhecimento jurídico, para Kelsen, residia em sua neutralidade, pelo que ao direito não caberia opinar ou valorar qualquer escolha do ente emissor ou criador da norma jurídica. Argumenta Kelsen que:

Um anarquista pode, como jurista, descrever um Direito Positivo como um sistema de normas válidas sem aprovar este Direito. Muitos tratados nos quais uma ordem jurídica capitalista é descrita como um sistema de normas constitutivas de deveres, poderes, direitos e competências foram escritos por juristas que politicamente desaprovam esta ordem jurídica.³

Observa-se, então, um aumento do distanciamento entre ética e direito decorrente da neutralidade defendida por Kelsen, que resultará na legitimação normativa de comportamentos que – apesar de autorizados pelo direito – constituíam ataques diretos à dignidade da pessoa humana, como a expropriação de bens de judeus na Alemanha ou o assassinato de nordestinos sertanejos que apenas buscavam fontes de água situadas em latifúndios privados durante o período de estiagem.

João Maurício Adeodato diz que a consequência da neutralidade propugnada pelo jusfilósofo vienense foi a atitude do poder político em conferir validade a tudo o que desempenha uma função no sistema, pelo que

“a **violência** também passa a ser considerada forma de poder. A legitimidade não mais deriva do legal ou da compatibilidade vertical de normas jurídicas mas sim da simples obtenção de obediência: tudo o que a produz é poder – e legítimo”.⁴

Nelson Saldanha, por sua vez, observa que no mundo moderno “*a ordem se dotou de um fundamento tirado de si mesma, aceitando-se a forma (ou “estrutura”) e o “sistema” como pontos de referência da validade dos atos e das pretensões, o Estado assumiu uma condição de legitimidade pressuposta, implícita*”.⁵

³KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslere). Coimbra: Arménio Amado, 5ª edição 1979, p. 305.

⁴ ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61.

⁵ SALDANHA, Nelson. Ordem e hermenêutica. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2003, p. 203.

Ainda segundo Nelson Saldanha, verifica-se a gravidade desta concepção quando o poder passa a se arvorar em um suposto monopólio da verdade, identificando-se com a mesma. Ocorreria o que foi denominado por Hannah Arendt de “tentação totalitária”:

*“a posse de uma verdade convertida na verdade, impele os homens, se têm o poder, a impor essa verdade. A certeza atua como ortodoxia, e se cortam as vias das outras verdades, mesmo as da crítica (daí a idéia segundo a qual a democracia implicaria o relativismo, tese adotada inclusive em famoso ensaio por Kelsen). O modelo extremo estaria nas utopias clássicas – que nada tinham de democrático - , onde os sábios decidiriam tudo, (...). Também estaria nas obras recentes de Huxley e de Campanella, parcialmente inspiradas no stalinismo e no nazismo, e referentes a sociedades onde toda chance de crítica foi eliminada, e onde o poder detém o mais absoluto controle sobre valores e condutas. Onde, portanto, se cancelaram todas as possibilidades de hermenêutica e de interpretação”.*⁶

Esta desvinculação do direito da realidade em nada vai contribuir para o reconhecimento da vulnerabilidade dos indivíduos oprimidos em questão (judeus, sertanejos, crianças, mulheres, etc), já que por ficção legal todos eram “iguais” perante a lei. É por isso que Orlando Gomes, lastreado nas críticas de Golunskii e Strogovich ao positivismo de Kelsen, aponta que o principal vício do positivismo “*não é definir o Direito como um conjunto de normas, mas, sim, deformar o conceito de norma, isolando-a da vida real e dando-lhe caráter idealista*”.⁷

Além do mais, este abismo que separa a ética do direito se aprofunda com a ascensão do realismo contemporâneo, o qual intentava retirar do núcleo do conceito de legitimidade qualquer conteúdo. João Maurício diz que o surgimento do realismo “*traz consigo o afastamento de qualquer fundamento ético para o direito*”.⁸ Uma destas manifestações é a legitimação da escravidão negra no Brasil, pelo que se pensou até mesmo a criar um corpo de normas para os escravos – o chamado “Código Negro” – na segunda metade do século XIX, idéia que depois foi escanteada por Teixeira de Freitas.

⁶ SALDANHA, idem, p. 205.

⁷ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83.

⁸ ADEODATO, op. cit., p. 99.

1.2 Reflexos do positivismo no direito civil: o código como sistema normativo unitário, coerente e completo.

No direito civil, o movimento codificador constitui reflexo destas concepções formalistas e idealistas, pelo que a codificação civil passa a ser – para alguns adeptos destas idéias – sinônimo de direito civil. No texto codificado estariam todas as soluções admitidas pelo direito, aplicáveis a todas as questões a serem debatidas no judiciário. Giordano Bruno Soares Roberto entende que – neste contexto – o código seria um instrumento de racionalização da vida dos indivíduos. A codificação consistiria em um sistema normativo *“unitário coerente e completo. A sua aplicação se daria nos moldes do pensamento sistemático: para cada caso surgido na realidade, a solução já estava pronta, bastando apenas aplica-la por um processo meramente dedutivo”*.⁹

De acordo com Ricardo Lorenzetti, o código (assim como a constituição, para o direito público), inclusive, apresentava-se como uma garantia de separação entre a sociedade civil e o estado: em não se verificando a existência de norma específica para a resolução de uma querela, não mais se recorreria à vontade do soberano, pelo que o uso da analogia e princípios gerais de direito como fontes “subsidiárias”.¹⁰ Pela interpretação dada pelos positivistas ao art. 4º do Código civil napoleônico¹¹, o processo de integração normativa não poderia contemplar o recurso às regras de direito natural diante de lacunas normativas, devendo o juiz recorrer à norma positiva ou ao ordenamento jurídico em vigor a fim de resolver o problema submetido à sua análise. Segundo Paulo Roberto Soares Mendonça, disto derivaria o dogma positivista da completude do direito positivo.¹²

Ainda segundo Ricardo Lorenzetti: *“no código, o modelo é dedutivo, baseado em axiomas, gerando uma ciência demonstrativa, cujo propósito é fazê-los evidentes no*

9 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Teoria do método jurídico: a contribuição de Theodor viefhweg. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 81.

10 LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998, pp. 44-45.

11 Art. 4º - O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.

12 MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o supremo tribunal federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 176.

caso concreto”.¹³ De modo que este tipo de codificação resulta em uma limitação do papel do intérprete – comparando com o desempenhado no período das consolidações – em face da codificação. Chega a dizer que a partir da codificação verifica-se um processo de desprestígio da interpretação. Passa-se, então, da interpretação à exegese. Contudo, em face do movimento de descodificação do direito civil, verifica-se uma perda de abrangência da codificação e legislação especial, que traz como consequência o momento atual de revalorização da atividade interpretativa no direito civil (e no direito em geral).¹⁴

Um outro ponto de vista interessante no que toca às codificações liberais é o do estruturalismo. Michel Mialle, tentando conceituar o estruturalismo e demonstrar sua aplicação no âmbito do direito privado por A. J. Arnaud, afirma que o estruturalista trabalha a partir de glosas sincrônicas no desenvolvimento de seu discurso, mas o historiador – diferentemente – pensa e desenvolve sua explanação no tempo. Pelo método estruturalista de interpretação, inclusive, o intérprete simplesmente revelaria uma estrutura oculta no texto, não inovando. O estruturalismo, portanto, traz como proposta de trabalho um modelo rígido, produto de uma sociedade imobilizada, não submetida a transformações relevantes. Destarte, o código civil e todo o direito “burguês” seriam manifestações sólidas e duráveis de uma sociedade cristalizada.¹⁵

No entanto, dada a dinâmica social e a possibilidade infinita de problemas envolvendo seres humanos, verifica-se que este modelo rígido não se mostra adequado á realidade, especialmente no momento atual, no qual o pluralismo torna-se evidente, pelo que um sistema de regulação social que esteja fechado ao diálogo com outros sistemas e sub-sistemas está fadado ao fracasso.

2. Do sistema fechado ao sistema aberto: a utilização do raciocínio tópico como alternativa para o direito.

¹³ LORENZETTI, op. cit., p. 43.

¹⁴ LORENZETTI, op. cit., pp. 43-44.

¹⁵ MIALLE, Michel. Uma introdução crítica ao direito. Lisboa: Moraes Editores, 1979, pp. 305-306.

2.1 Críticas ao sistema fechado: das primeiras críticas ao positivismo comteano por Ihering às críticas ao positivismo kelseniano pelas escolas argumentativas.

Esta necessidade de se promover uma abertura no sistema que permitisse o reconhecimento e regulação de situações não contempladas especificamente pela codificação, mas que reclamam solução já era defendida isoladamente desde o início do século passado, podendo-se citar Ihering como exemplo disto. No âmbito do direito civil atual, pode-se citar a opinião neste sentido de Geraldo de Oliveira Santos Neves, quando cita a situação de determinados movimentos sociais que combatem a concentração fundiária injusta, os quais vêm os seus campos de atuação restringidos em vista da forma como alguns invocam a boa-fé como pressuposto para a configuração da posse com base na norma codificada.¹⁶

Neste período de um século, portanto, observam-se diversas críticas à noção fechada de sistema e ao positivismo, com desdobramentos nas diversas searas do direito, no que se inclui a posse. Ressalte-se que a Escola do Recife, capitaneada por Tobias Barreto, foi caixa de ressonância das críticas dirigidas ao positivismo comteano e, também, ao jusnaturalismo racional (fortemente influenciado pelas idéias de Descartes).¹⁷ No período do pós-guerra, verifica-se o aparecimento de obras com o fito de criticar o positivismo kelseniano (e outras correntes positivistas), propondo uma retomada do estudo da retórica no direito e a importância da hermenêutica, podendo-se citar nomes como Viehweg, Perelman, Toulmin, Peter Haberle e Robert Alexy.

As chamadas escolas argumentativas propugnavam uma abertura do sistema, a fim de conferir ao juiz uma maior liberdade em sua atividade judicante (sem que isto signifique um abalo na segurança jurídica), além de objetivar a persuasão dos indivíduos que acorrem ao judiciário acerca do conteúdo das decisões.

¹⁶ NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. Código Civil Brasileiro de 2002: principais alterações. Curitiba: Juruá, 2003, p. 119.

¹⁷ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Sobre os 150 anos da faculdade de direito do Recife. Revista Estudantes – Caderno Acadêmico, Recife, a. 6, n. 10, abr./dez. 2005, p. 22.

Como marco teórico a ser adotado no desenvolvimento desta monografia tem-se a Tópica de Theodor Viehweg, a qual se mostra um método importante nesta proposta de abertura do sistema, a partir da utilização de *topos*, princípios e cláusulas gerais no direito civil-constitucional brasileiro.

2.2 O raciocínio tópico como opção para o direito.

A tópica seria um método de investigação que partiria de opiniões comumente admitidas ou com força persuasiva no meio social a fim de buscar soluções para as questões por meio delas mesmas¹⁸. Dadas certas questões apresentadas aos juristas que admitem mais de uma solução, verifica-se uma contraposição entre o pensamento problemático e o pensamento sistemático como meios para a resolução de tais questões.

Denominaremos tais questões de “problemas”, adotando-se a definição de Theodor Viehweg, qual seja: “*toda questão que admite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, com o qual toma um aspecto de questão que há de levar a sério e para a qual há de buscar uma resposta como solução*”.¹⁹

Como expõe Geraldo Oliveira dos Santos Neves, determinadas situações possessórias ultrapassam o texto codificado, como a contraposição entre a chamada posse de boa-fé e a realidade enfrentada pelo movimento dos trabalhadores sem terra. Infere Geraldo Oliveira dos Santos Neves que “*a exigência da boa-fé na posse também é descabida. Nenhum “sem terra” ignora que a terra que está invadindo pertence a outrem: a um particular, ao governo ou a uma tribo indígena*”.²⁰

César Fiúza, inclusive, aduz que o conceito de propriedade colocado pela manualística tradicional – qual seja o direito de usar, fruir, dispor e reivindicar – perdeu sua serventia na atualidade, por ser excludente; por se voltar somente à pessoa do titular/proprietário e, conseqüentemente, afastando a coletividade. Entende o citado autor

¹⁸ Ver conceito de tópica em: ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

¹⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979, p. 34.

²⁰ NEVES, op. cit., p.119.

que atualmente – no que toca à questão da propriedade – a coletividade passa ser titular de determinados direitos sobre a propriedade, lastreando-se a maioria destes direitos da coletividade na função social da propriedade.²¹

Com o uso da tópica como método para tipificação das situações possessórias, pode-se alcançar os tipos possessórios reconhecidos socialmente e alcançados pela cláusula geral de boa-fé; posto que não se pode aplicar o mesmo conceito de boa-fé em situações díspares tais como a invasão de um latifúndio improdutivo pelo movimento dos trabalhadores rurais sem terra e eventuais discussões entre vizinhos sobre a posse de área entre as propriedades. Disto resulta a importância da interpretação nestas situações, a qual seria importante instrumento para uma melhor aplicação do direito. A tópica encontra-se estritamente vinculada à interpretação, posto que “*o pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica*”.²²

Inclusive, no que toca a este momento de revalorização do papel do intérprete no direito, Miguel Reale combate a noção de norma jurídica como categoria lógica, a qual seria dotada de validade formal desvinculada do complexo existencial humano; chegando a afirmar que “*uma norma é a sua interpretação*”²³. Interpretação, neste contexto, não seria aquela concebida pelos idealistas – na qual a interpretação não teria o poder de criar a norma, mas de simplesmente revelar a norma. Diz-se isto porque – segundo Miguel Reale: “*as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais*”.²⁴ Acrescente-se que – segundo Peter Häberle – está legitimado a interpretar a norma:

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição”.²⁵

21 FIÚZA, César. Crise e interpretação no direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 28.

22 VIEHWEG, op. cit., p. 81.

23 REALE, Miguel. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 18ª edição, 1998, p. 597.

24 REALE, op. cit., p. 597

25 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 15.

Com este processo de retorno à interpretação e à retórica, especificamente da tópica como método criador de normas, verifica-se uma ruptura com o estruturalismo – centrado que estava na análise do texto em si – em vista das possibilidades abertas pelo pós-estruturalismo, que enfatizaria o autor e o leitor. No entanto, de acordo com Lorenzetti, fundamentar a interpretação somente no intérprete, sem que se leve em conta as limitações do objeto interpretado pode levar a uma visão deformada. Há que se constatar, também, o receio quanto ao “intuicionismo” dos juízes (tudo é possível; tudo é discutível; irracionalismo). A partir de Dworkin, verifica-se que – apesar do papel construtivo da interpretação – esta deve observar a seara da concordância, posto que não se pode admitir qualquer interpretação²⁶.

Assim, propugna-se o uso da tópica, contudo, sem olvidar da dogmática, posto que uso exclusivo da tópica poderia a uma problematização excessiva, de modo que não se alcançaria uma resposta ao problema colocado. Registre-se que o uso da tópica é proposto como método, mas não com o fito de abolir a dogmática ou o método sistemático. Como ressalta João Maurício Adeodato, faz-se mister o uso da tópica objetivando corrigir a dogmática, fazendo-a funcionar de maneira mais eficiente. Assim como a dogmática não deve ser colocada em pólo oposto ao da tópica; já que o direito não admitiria “*afirmações válidas em sua generalidade, já que sua fonte originária são os conflitos, os “problemas jurídicos” práticos, em constante metamorfose*”.²⁷

Disto resulta que não se cogita com este projeto em excluir o raciocínio lógico-formal em absoluto. O que se pretende é relativizá-lo em determinados casos com a finalidade de “*admitir a insurgência de outros tratamentos metodológicos compatíveis com a multifuncionalidade dos instrumentos normativos*”.²⁸ As cláusulas gerais, nesta perspectiva, apresentam-se como molduras a serem preenchidas mediante tratamento metodológico que admita a citada multifuncionalidade dos instrumentos normativos, neste caso a tópica, possibilitando

26 LORENZETTI, op. cit., pp. 70-72.

27 ADEODATO, op. cit., p. 38.

28 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 372.

pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. Têm, assim, a vantagem da mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo, porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.²⁹

A utilização dos *topoi* possibilitaria o preenchimento das cláusulas gerais nas mais diversas situações, eliminando a vagueza semântica de forma circunstancial. Contudo, não se poderia admitir o uso de qualquer *topoi*, mas somente aqueles adequados ao problema e que não constituam ofensa às normas jurídicas. Porque, como já se disse anteriormente, os comentários tecidos neste trabalho acerca da insuficiência dos sistemas lógico-dedutivos não traz como conseqüência a apreciação do direito como um objeto assistemático ou como um sistema circular puro. O que se propõe, em vez disto, é o estudo e aplicação do direito sob uma perspectiva sistêmica adequada a este tipo de conhecimento, na qual a circularidade e a hierarquia convivam harmonicamente.³⁰

Por exemplo, a idéia de que “*todo político é ladrão*” constitui um *topos*, um lugar-comum retórico; contudo, em face do princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, não pode ser considerado um *topos* acolhido pelo ordenamento jurídico. Contudo, a noção de que “*ninguém pode ser considerado culpado sem o devido processo legal*” constitui um *topos* acolhido pelo direito brasileiro. Neste último caso, este *topos* corresponde ao princípio da presunção de inocência, de modo que os princípios jurídicos consistem em tipos de *topoi* acolhidos pelo ordenamento, por estarem de acordo ou por não divergirem da dogmática jurídica.

No que toca à relação entre a tópica e a utilização de cláusulas gerais, de acordo com Paulo Roberto Soares de Mendonça, verifica-se inclusive que Claus-Wilhelm Canaris restringe o campo de atuação da tópica no direito, pelo que só se deveria recorrer à tópica

29 MARTINS-COSTA, *idem*, p. 41.

30 MENDONÇA, *op. cit.*, p. 146.

subsidiariamente e em face da insuficiência do direito positivo em oferecer respostas a determinados casos, o que demandaria do juiz uma atitude no sentido de proceder com uma concretização normativa; a qual estaria lastreada em valores e instituições culturais e sociais próprias de cada grupo social.³¹

Estas situações que demandariam a atuação de juiz com o fito de operar a concretização normativa ocorreriam em duas situações: face às lacunas da lei e diante das cláusulas gerais. Paulo Roberto Soares de Mendonça opina de forma acertada quando diverge deste ensinamento de Canaris, posto que a tópica não se constitui em um método subsidiário, mas em raciocínio adequado e próprio do sistema jurídico desde a antiguidade. Todavia, o entendimento de Canaris é adequado à medida em que expressa uma das finalidades da tópica: proceder com uma complementação valorativa das cláusulas gerais, concretizando ou determinando o conteúdo das cláusulas gerais no caso concreto.³²

Para evidenciar a utilização de cláusulas gerais no Direito Civil brasileiro, tome-se por exemplo que René Ariel Dotti, em vista das principais linhas de orientação apontadas por Miguel Reale para o Novo Código Civil, argumenta em favor da utilização das mesmas:

Não é possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável exigência dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar. Daí a opção freqüente por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem o rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos de interpretação pelos advogados e juízes visando à contínua atualização dos preceitos legais.³³

Paulo Luiz Netto Lobo, por exemplo, ao propor uma tipicidade aberta dos direitos da personalidade, infere uma cláusula geral de dignidade humana pela qual advoga que devem ser aceitos como tipos de direitos da personalidade os previstos na constituição e legislação civil, assim como os tipos reconhecidos socialmente e em consonância com a cláusula geral³⁴. A seleção destes dois últimos tipos de direitos ocorreria por meio de um

³¹ MENDONÇA, op. cit., p. 263.

³² MENDONÇA, op. cit., p. 264.

³³ DOTTI, René Ariel. O novo código e as cláusulas gerais. In: Direito e Justiça: "O Estado do Paraná", 10 de janeiro de 2003.

³⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e Direitos da Personalidade. Revista Jurídica, ano 49, n. 284. Porto Alegre: Notadez, 2001, p. 10.

raciocínio tópico, na opinião de Paulo Luiz Netto Lobo. Segundo o citado autor: “*Para a formação do raciocínio, o topos seria uma premissa verdadeira. O dano moral, como desenvolvido na linguagem jurídica, é um topos, com sua própria força persuasiva, no dizer de Maria Francisco Carneiro*”³⁵.

2. Boa-fé subjetiva e interpretação da idéia de posse.

No que toca ao aspecto da boa-fé em direito privado, fala-se corriqueiramente em suas vertentes objetiva e subjetiva. Pontes de Miranda, por sua vez, propõe os critérios ético e psicológico na apreciação da boa-fé recepcionada em nosso ordenamento em matéria possessória. Segundo o citado autor, o código civil de 1916 não incorporou o conceito de boa-fé lastreada no critério ético, optando pelo critério psicológico na fixação da boa ou má fé em matéria possessória. Disto resulta que a boa-fé se traduziria na ignorância acerca do fato de que a *causa possessionis* não seria bastante para aquisição *iusta*.³⁶

Argumentava Pontes de Miranda – com o fito de afastar a eticidade como elemento de discernimento para a fixação da boa-fé nas situações possessórias - que “*se o sistema jurídico brasileiro houvesse admitido o critério ético, bastar-lhe-ia para que alguém fôsse possuidor de boa fé que se comportasse honestamente, com a costumeira fé que se tem e se há de ter na vida de tráfico*”.³⁷

Assim, não somente nas questões possessórias, mas também na disciplina dos direitos reais, predomina a noção de boa-fé subjetiva. De acordo com Bruno Lewicki, o que se realça no tocante à boa-fé subjetiva - sobretudo no tocante à posse – é a “*crença interna do sujeito, fundada no erro de fato, que perfaz a boa-fé subjetiva*”.³⁸

35 Idem, idem, p. 10.

36 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. X, pp. 127-128.

37 PONTES DE MIRANDA, idem, p. 127.

38 LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPELINO, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

Além disto, ressalte-se que a perspectiva apresentada por Pontes de Miranda de uma boa-fé fundada na ética, na honestidade; no agir em consonância com as expectativas do homem médio parece corresponder ao conceito atual de boa-fé objetiva. Este corresponderia ao entendimento esposado por Judith Martins-Costa, o qual procuraria estabelecer uma conexão entre lealdade e boa-fé, pelo que

esta última, na acepção objetiva, caracteriza arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, qualificando, por isto, uma norma de comportamento leal.³⁹

Pontes de Miranda procurou estabelecer uma série de distinções a fim de evitar se confunda a posse e a posse de boa-fé, pelo que delimitava a diversidade conceitual em vista da subjetividade ou objetividade da situação fática reveladora do tipo possessório. De acordo com o citado autor: *“a posse justa é ex iusta causa, o que se passa no mundo fático, objetivamente; a posse de boa-fé é a de quem se crê possuidor ex iusta causa, ainda que não o seja, - o que ocorre no mundo fático, mas subjetivamente”*.⁴⁰

O Código Civil de 2002 continuou a trabalhar com binômio ciência ou ignorância a fim de fixar a má ou boa-fé do possuidor, respectivamente, como se pode depreender da leitura do *caput* do art. 1.201 do código civil vigente: *“É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”*.

Não obstante a predominância na doutrina brasileira do manejo do conceito de boa-fé em matéria de posse somente em sua face subjetiva, aparentemente a dogmática civil-constitucional começa a esboçar uma reação a esta restrição da boa-fé objetiva às relações obrigacionais. Registre-se o posicionamento de Teresa Negreiros pela interpretação extensiva dos deveres advindos da aplicação da boa-fé objetiva. A citada autora, inclusive, traz à baila decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal atinente ao posicionamento em questão: *“O princípio da boa fé, embora proclamado apenas para o*

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O projeto de código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. Revista Jurídica, ano 49, n. 282. Porto Alegre: Notadez, abr./2001, p. 45.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 120.

cumprimento de direitos de crédito, deve considera-se extensivo a todos os casos em que exista uma especial relação de vinculação”.⁴¹

Observa-se, então, nesta tentativa de dotar a boa-fé de um conteúdo ético, assim como sob o ponto de vista da extensividade; movimentos de superação do positivismo. Enquanto que – sob a égide do positivismo, como já se abordou no sub-item anterior, observava-se um distanciamento entre ética e direito; críticas formuladas a partir da doutrina e jurisprudência provocaram um movimento de reação ao positivismo e de reaproximação do direito e da ética, conforme observou Clóvis do Couto e Silva: “*a relevância recentemente dada ao princípio da boa fé no campo das obrigações expressa talvez a principal reação contra as idéias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do Direito*”.⁴²

Esta reação observada na civilística no sentido de abrandar o ideal kelseniano de “pureza” do direito, possui ligações estreitas com a revalorização da boa-fé em todo o direito civil (tomada como elemento fulcral não mais somente em relação à posse), e o reconhecimento das estreitas relações desta com a ética nas relações sociais e individuais. É o que se pode extrair do pensamento de Judith Martins-Costa: “*Não por acaso a boa-fé enseja a discussão acerca da matriz ética dos princípios jurídicos e da capacidade do direito de continuamente transformar-se para atender às concretas exigências sociais*”.⁴³

A ética nas relações sociais em matéria possessória estabelece como imperativo o cumprimento da função social a que a propriedade se destina; pelo que o descumprimento da finalidade do instituto se constituirá na figura do abuso de direito. Segundo Fabíola Albuquerque Santos a noção de abuso de direito

Parte da concepção de que todo direito tem, como razão de sua instituição, uma função social a desempenhar, motivo porque o respectivo titular ao exercê-lo, deve mostrar-se atento a tal função, nunca o exercendo de modo antifuncional. Se o fizer, cometerá abuso de direito, que autorizará os Tribunais a reprimi-lo.⁴⁴

41 NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 64.

42 COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 41.

43 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

44 SANTOS, Fabíola Albuquerque. Direito de propriedade e meio ambiente. Curitiba: Juruá, 1999, p. 73.

Acrescente-se que a indigitada estudiosa – fundamentada nos ensinamentos de Josserand – considera como exercício abusivo de direito todo uso malévolo da propriedade; assim como também seriam abusivos os atos praticados para a satisfação de interesses egoístas.⁴⁵ Registre-se, ainda, que o Código Civil de 2002 não deixou de se pronunciar sobre a figura do abuso de direito – reconhecendo sua vinculação ao princípio da boa-fé no art. 187 - , como se pode depreender da leitura dos seguintes artigos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A partir de enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil do CEJ da CJF (realizada no período de 11 a 15 de setembro de 2002), já se mostra possível enxergar os contornos da figura do abuso de direito, que deve ser analisado objetivamente e teleologicamente: *“a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”*.

Judith Martins-Costa – tratando da matéria por ora em vigor quando o atual código civil era ainda um projeto – situa a figura do abuso de direito em conexão com a boa-fé, como se pode depreender a seguir:

Juntamente a esta cláusula geral de ilicitude, fundada na culpa, o Projeto reserva, no art. 187, outra relevantíssima cláusula geral de ilicitude, esta de índole objetiva, pois não requer ato culposo para situar no plano da ilicitude o ato praticado abusivamente, ou desviado de seu fim econômico ou social, ou excedente dos limites traçados pela boa-fé e pelos bons costumes. (...). A sua importância está em que deixa claro o injustificável equívoco de grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras ao situar o abuso apenas quando há a intenção de prejudicar (o que efetivamente não se retira da literalidade do art. 160, inciso I, do Código vigente), indo além, por reunir, num mesmo dispositivo, referência a

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 75.

quatro princípios fundamentais do ordenamento: o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes.⁴⁶

Geraldo de Oliveira Santos Neves vislumbra a pertinência do instituto em questão à seara dos direitos reais, pelo que verifica uma consagração da teoria subjetiva sobre o abuso de direito no § 2º do art. 1.228 do Código Civil em vigor, qual seja: “*São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem*”. Partindo do pensamento de Everardo da Cunha Luna acerca do instituto do abuso de direito, argumenta o civilista em questão em sentido contrário à restrição do abuso de direito apenas à seara subjetiva. Argumenta Geraldo de Oliveira Santos Neves:

Mas Everardo Luna não concorda em que o abuso de direito apenas deva configurar-se se e quando o proprietário tiver o deliberado intuito de prejudicar outrem, quando exercitar o seu direito subjetivo. Assim, o novo Código não teria adotado a melhor doutrina.⁴⁷

Do exposto, resulta a perspectiva de se redesenhar o instituto da posse em face da boa-fé, com a superação da restrição das questões possessórias à seara da boa-fé subjetiva, em vista da utilização do instituto do abuso de direito em suas modalidades objetiva e subjetiva como provável *topoi* legitimador desta visão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Sobre os 150 anos da faculdade de direito do Recife*. Revista Estudantes – Caderno Acadêmico, Recife, a. 6, n. 10, abr./dez. 2005.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O projeto de código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista Jurídica*, ano 49, n. 282. Porto Alegre: Notadez, abr./2001, p. 38.

⁴⁷ NEVES, op. cit., p. 118.

DOTTI, René Ariel. *O novo código e as cláusulas gerais*. In: *Direito e Justiça*: “O Estado do Paraná”, 10 de janeiro de 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Por que ler Kelsen, hoje*. São Paulo: “O Estado de São Paulo”, 1º de novembro de 1981, n. 73.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslere)*. Coimbra: Arménio Amado, 5ª edição 1979.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e Direitos da Personalidade*. Revista Jurídica, ano 49, n. 284. Porto Alegre: Notadez, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998.

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

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o supremo tribunal federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes Editores, 1979.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. *Código Civil Brasileiro de 2002: principais alterações*. Curitiba: Juruá, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 18ª edição, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979.