

BOA FÉ (INTER)TRANSUBJETIVA: DAS IMPOSSIBILIDADES DO ESPÍRITO OBJETIVO À RESSIGNIFICAÇÃO HETERORREFLEXIVA¹

Wálber Araujo Carneiro²

Sumário: Introdução. 1. Noção de boa-fé objetiva a ser criticada. 2. O significado filosófico da boa-fé objetiva. 3. Procedimentalização do direito na modernidade. 4. Ressignificação intersubjetiva da boa-fé. Conclusão. Epílogo - O caráter transubjetivo das possibilidades heterorreflexivas da boa-fé. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente ensaio avalia, criticamente, as possibilidades de justificação filosófica do caráter objetivo da boa-fé. A partir da análise crítica do horizonte filosófico legitimador de tal objetividade e de leituras procedimentalistas do direito moderno, aponta para as alternativas substanciais que o modelo hermenêutico heterorreflexivo pode proporcionar. Conclui pela irremediável discricionariedade quanto às pretensões supostamente objetivas da moral corretiva e pela necessária ressignificação intersubjetiva da boa-fé, aqui concebida como um princípio jurídico que, embora estructure na comunicação do direito um horizonte

¹ A primeira versão deste texto foi intitulada como “BOA FÉ INTERSUBJETIVA: das impossibilidades do espírito objetivo à ressignificação heterorreflexiva” e publicada no livro PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRAGA, Paula Sarno; LAGO JÚNIOR, Antonio. (Org.). Ética e boa-fé no direito: estudos em homenagem ao Prof. Adroaldo Leão e sua obra " O litigante de má-fé". 1ed.Salvador: Juspodivm, 2017, v. , p. 307-332. Nesta versão, conta com um epílogo que reflete o acento transubjetivo da heterorreflexividade e das possibilidades abertas para a boa-fé a partir dessa perspectiva.

² Pós-Doutor em Direito pelas Universidades de Brasília - UNB, de Frankfurt am Main (*J. Goethe Universität*) e do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutor em Direito pela UNISINOS, em sanduíche com a Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Professor Adjunto do Departamento de Estudos Jurídicos Fundamentais da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

ético complementar em termos funcionais, estará submetido à autonomia do sistema jurídico. Nesta versão, conta com um epílogo que direciona a leitura transubjetiva do modelo heterorreflexivo.

Palavras-Chave: Boa-fé objetiva. Fenomenologia. Intersubjetividade. Heterorreflexividade.

Abstract: This essay critically evaluates the philosophical foundations of objective good faith. Based on the critical analysis of legitimizing philosophical horizon of such objectivity and proceduralists readings of modern law, points to the substantial alternatives the heterorreflexivity hermeneutical model can provide. Concludes that, as to the supposedly objective moral corrective claims, discretionary is inevitable, advocating the necessary inter-subjective reframing of the good faith, here conceived as a legal principle that, although structure, on law's communication, an additional ethical horizon in functional terms, will be submitted to the legal system autonomy. In this version, there is an epilogue that exposes the transubjective perspective of the heteroreflexive theory.

Keywords: Good Faith. Phenomenology. Intersubjectivity. Heteroreflexivity.

INTRODUÇÃO



justamente em nome da boa-fé para com o leitor que é preciso dizer, desde já, que este não é um artigo voltado para dizer o que a boa-fé representa para o Direito Civil ou para qualquer outro ramo do Direito. Não é um texto que pretende iluminar as possibilidades da boa-fé, até porque, se o fosse, não estaria o seu autor agindo mediante tal máxima. Este texto tem dois

propósitos.

Em primeiro lugar, permitam-me a digressão, homenagear o Professor Adroaldo Leão, que em ato “irresponsável” – mas, certamente, de boa-fé –, entregou-me, quando ainda recém-formado, a missão de lecionar no curso do qual acabara de sair. Em segundo lugar, já retomando o tema, levantar uma questão que sempre me incomodou quando via a boa-fé objetiva ancorar pretensões de racionalidade quase que clarividentes. A “objetividade” aflorando no direito como se ali, diante de nós, estivesse um paralelepípedo, cujas dimensões não se poderiam questionar. Mas, como diria o nosso saudoso Calmon de Passos, cuja referência jamais escaparia ao homenageado, o direito não é sólido, não é líquido, tampouco gasoso. Onde estaria, portanto, essa tal “objetividade”? Que “objeto” seria esse que, para além das vontades inacessíveis, surgiria tranquila e infalível? Talvez, de fato, deva ser alguma dessas coisas que sobrevivem nesse “ponto equidistante entre o Atlântico e o Pacífico”.

Assim, já adiantando a pretensão de elaborar uma crítica à perspectiva objetiva da boa-fé, iniciaremos o desenvolvimento do texto demarcando – jamais com pretensões de esgotar analiticamente o horizonte temático – (2) a concepção de boa-fé sobre a qual falaremos. Na sequência, iremos em busca de uma (3) significação filosófica para as pretensões de objetividade da boa-fé, apresentando paradigmas que foram capazes de sustentar tais pretensões e, já ali, anunciar as impossibilidades de tal pretensão. Logo após, tomando em consideração duas importantes traduções do direito na modernidade, (4) retomamos a crítica a partir de uma perspectiva evolutiva-funcional, na qual as pretensões corretivas da moral deixam de fazer sentido. Por fim, antes de sintetizarmos nossas conclusões, tentaremos (5) esboçar uma ressignificação filosófico-social para a boa-fé em um horizonte não apenas procedimental, mas compatível com o cenário pós-metafísico e autônomo do direito moderno.

1. NOÇÃO DE BOA-FÉ OBJETIVA A SER CRITICADA

Longe de pretender explicar o que representa, como surgiu ou quais as suas funções dogmáticas presentes na noção de boa-fé objetiva, pretendo apenas deixar clara para qual visão dirijo as críticas e indago sobre suas possibilidades. Certamente, outras leituras sobre a boa-fé objetiva existirão, talvez fora do eixo de tal crítica³. Mas, por outro lado, creio que seja essa a visão dominante e que, de soslaio, observo no discurso do jurista, especialmente nos cursos de Direito Civil que formam a nossa comunidade acadêmica. Outros trabalhos indicados neste texto poderão, sem dúvida, oferecer leituras mais interessantes caso se busque, para além da explicitação de um pressuposto, a exploração histórica ou dogmático-analítica.

Feita a ressalva, arriscaria dizendo que a boa-fé passa a ser considerada “objetiva” muito mais em razão do fato de se buscar, em alguns casos, a superação da boa-fé denominada de “subjetiva” do que qualquer outra coisa. A qualidade de “objetiva” – ainda que, por ora, não saibamos o que venha a ser – será, portanto, algo distinto de “subjetivo”. A boa-fé exigida nos arts. 113, 187 e 422, do Código Civil de 2002, portanto, não estaria exigindo um determinado estado volitivo ou intelectual daqueles que praticam atos da vida civil, mas algo diferente, independentemente da crença, escusável ou não, de que estariam agindo em conformidade com o direito. Neste sentido, dirão os civilistas que a boa-fé subjetiva é fato psíquico (diga-se de passagem, de difícil aferição) relacionado à crença (ou ignorância escusável) de que não se está agindo em desconformidade com o direito⁴.

³ Especialmente quando se reduz as pretensões substanciais da boa-fé objetiva (voltada para a ideia de que a objetividade da boa-fé abre uma janela para uma eticidade vinculante de caráter substancial mediante a identificação de arquétipos de comportamento) em favor de uma concepção puramente ético-procedimental. Sobre isso, trataremos mais adiante.

⁴ “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra,

Em contraposição, a boa-fé objetiva exigirá que determinados atos sejam praticados mediante um determinado padrão de conduta. Esse caráter não subjetivo e deontológico é que permite a sua caracterização como “objetiva”. Esse giro é normalmente atribuído à doutrina alemã (via interpretação objetiva da *Treu und Glauben*)⁵, segundo a qual se passa a exigir que a ação, independentemente da crença ou vontade, siga os parâmetros esperados para um homem leal. Neste sentido, a “boa-fé objetiva estabelece um dever de agir de acordo com padrões socialmente recomendados”⁶, não sendo coincidência o fato de que ela surgirá em nosso Código Civil acompanhada da exigência de respeito aos “usos do lugar da sua celebração” (art. 113) e dos “bons costumes” (art. 187). Seria também possível dizer que a boa-fé objetiva exige que o sujeito aja de modo leal e confiável, o que, todavia, não eliminaria a pergunta sobre o que viria a ser uma condução leal e confiável. Em última medida – e esse é o ponto que entendemos paradoxal – a boa-fé objetiva exigirá condutas que não foram previstas pelo sistema jurídico, e que somente poderão ser por ele amparadas em razão da elasticidade semântica ínsita às cláusulas gerais em sistemas dito abertos⁷.

ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem”. MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado, 1999, p. 411. Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. Revista da AJURIS, junho de 2012.

⁵ Cf. WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 1967, p. 594.

⁶ AGUIAR JÚNIOR, op. Cit., p. 191.

⁷ Ainda que saindo em defesa de um modelo a nosso ver também superado, é oportuna a crítica de Wieacker. “O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de <<fuga para as cláusulas gerais>> (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para princípios; em época de predomínio da injustiça elas favorecem pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. (...) possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e o espírito da ordem jurídica. (...) o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas

Considerada como norma – em contraposição à condição fática da boa-fé subjetiva –, a boa-fé objetiva, embora alerte o agente, sempre dependerá do juiz, daí sua justificação em trabalhos mais profundos passar, quase sempre, por modelos metódicos concretistas⁸.

Parece-nos, portanto, que a “objetividade” da boa-fé objetiva possui três dimensões. Uma *negativa*, na medida em que ela é objetiva pelo fato de não ser subjetiva, isto é, por não dizer respeito a aspectos volitivos e/ou intelectivos. Uma segunda, *deontológica*, na medida em que ela deve ser respeitada em face de seu caráter jurídico-normativo, não sendo um mero fato da consciência que, ausente em determinadas circunstâncias, poderia ensejar determinadas consequências jurídicas. E uma terceira – a que, de fato, nos interessa – que poderíamos chamar de *ético-substancial*, que pressupõe a existência de padrões de conduta socialmente recomendáveis, sem que essa recomendação já seja fruto de normas presentes no próprio sistema. Neste aspecto, a boa-fé objetiva e seus “bons costumes” representa – ou pelo menos sugere – a abertura do direito a uma moral convencional antitética à Filosofia contemporânea e aos estudos sociológicos que justificam, evolutivo-funcionalmente, as características do direito de nossa época. Todavia, antes de adentrar na crítica e nas (im)possibilidades da ressignificação filosófico-social da boa-fé não subjetiva, digamos assim, precisamos avançar sobre a sua significação filosófica.

2. O SIGNIFICADO FILOSÓFICO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O que permite ao jurista acreditar em parâmetros “objetivos” para a conduta correta? Que perspectiva de eticidade

gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício”. WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 1967, p. 546.

⁸ Cf. LAGO JÚNIOR. Antônio. A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva, 2013. MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado, 1999.

permite ultrapassar as vicissitudes subjetivas da moralidade e avançar para uma obrigatoriedade deôntica anterior ao próprio direito? Mais ainda, que tipo de racionalidade nos encoraja a abrir o sistema jurídico e, mesmo diante do risco da discricionariedade, crer que ali se revelará algo dado? Hegel nos parece ser um bom ponto de partida.

Enquanto em Kant a eticidade se esgota na moralidade subjetiva, restando ao direito formalmente justificado a imposição heterônoma, em Hegel a eticidade avança para além da moral subjetiva. A moralidade objetiva em Hegel é o “conceito de liberdade que se tornou mundo real e adquiriu a consciência de si”⁹. O conteúdo objetivo da moralidade é substância concreta que “obtem um conteúdo fixo, necessário para si, e que está acima da opinião e da subjetiva boa vontade”¹⁰. Para Hegel, é a firmeza do conteúdo objetivo da moralidade que mantém as leis e as instituições¹¹. A eticidade em Hegel avança para cumprir uma função de mediação social. Trata, portanto, de aspectos objetivos da convivência, ultrapassa os “caprichos pessoais” e impõe ao indivíduo, como membro de uma comunidade ética, responsabilidades frente aos demais membros quando de suas ações concretas. Enquanto determinações substanciais, “tais valores são deveres obrigatórios para a sua vontade”¹². “Na simples identidade com a realidade dos indivíduos, a moralidade objetiva aparece como o seu comportamento geral, como o seu costume”¹³, dirá Hegel. Deste modo, completa, “atinge a substância moral o seu direito, e este direito a sua validade”¹⁴. A substância moral objetiva legitima direitos e deveres, e representa o espírito real de uma comunidade ética, de um “povo”.

⁹ HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*, 1997, p. 141.

¹⁰ Idem. *Ibidem*, p. 141-142.

¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 142.

¹² Idem. *Ibidem*, p. 143.

¹³ Idem. *Ibidem*, p. 147.

¹⁴ Idem. *Ibidem*, p. 147.

Esse “espírito objetivo” resulta, todavia, de um movimento dialético que percorre a forma de seus diferentes momentos: a a) *família*, como espírito moral objetivo imediato ou natural, que perde unidade no universo relativo da b) *sociedade civil*, associação de indivíduos independentes que buscam a satisfazer exigências particulares e coletivas, essas sintetizadas no momento último do “espírito objetivo” que é a c) Constituição do Estado, o fim e a realidade em ato da substância universal da vida pública¹⁵. Dos interesses contraditórios entre indivíduos, dá-se a família. Da tensão entre as famílias, dá-se a sociedade civil. O Estado será, ao final do processo, a unidade privilegiada entre o privado e o público. Ao contrário da tradição liberal, não será o indivíduo, portanto, a condição para o Estado, sendo este estágio privilegiado do “espírito objetivo” aquele que possibilita a liberdade do “espírito subjetivo”.

Neste sentido, a partir do momento em que estendemos a eticidade da dimensão subjetiva a uma perspectiva objetiva de uma comunidade ética, eventual falha na formalização do direito poderia ser compensada mediante uma abertura, um retorno ao *ethos* desse povo ou da comunidade? Em termos hegelianos, ainda que eticidade se concretize objetivamente em instituições e costumes, o direito estatal integra um estágio privilegiado do “espírito objetivo”. A existência de um espírito objetivo legitimador do Direito não o torna dispensável. Ainda que o Direito não se confunda com a lei, esta é necessária. Todavia, Hegel também admitirá que, por mais clara que seja a lei, a sua aplicação em situações individualizadas estará lançada a certa margem contingente¹⁶. Assim, embora, por um lado, a justificação de

¹⁵ Idem. *Ibidem*, p. 149.

¹⁶ Referência à contingência do direito aplicado judicialmente em Hegel. Diz Hegel, ainda: “Quando os direitos consuetudinários chegam a ser reunidos e codificados - o que um povo que atinge qualquer grau de cultura não pode demorar a fazer -, a coleção assim constituída é o código. Terá este, porque não é mais do que uma coleção, um caráter informe, vago e incompleto. O que sobretudo o distingue daquilo a que verdadeiramente se chama um código é que os verdadeiros códigos concebem pelo

uma eticidade que ultrapassa a moralidade individual típica da tradição liberal passe, necessariamente, pelo sistema filosófico hegeliano, a abertura semântica de uma cláusula geral como a da “boa-fé objetiva” revelaria, por outro lado, a omissão do direito em face de determinadas condutas que precisariam ser explicitadas na lei e não delegadas a objetividades presentes em estágios anteriores do “espírito objetivo”.

Na busca pela retomada da eticidade no direito, não apenas enquanto momento de legitimação, mas também no momento de sua administração judicial frente a situações concretas, algumas correntes foram destaque, especialmente na Alemanha. Contra o formalismo do neo-kantismo, especialmente na versão neo-positivista do Círculo de Viena, invocava-se a necessária formulação de uma ética material sob forte influência dos modelos filosóficos de Scheler e Hartmann¹⁷. Aposta-se, por exemplo, em uma ética material de valores a fim de superar a crise deixada pelo nazismo mediante conteúdos jurídicos supra-positivos¹⁸. Na chamada Escola Sudocidental, destaca-se o pensamento tardio de Radbruch, no qual sua “fórmula” permitirá a correção do direito injusto mediante o regresso a valores superiores¹⁹. Mas, o *deficit* de “historicidade e condicionamento situacional”, presente nas decisões ético-jurídicas concebidas a partir de uma ética material de valores²⁰, torna inevitável a renovação da filosofia hegeliana, linha na qual se destacará o pensamento primeiro de Karl Larenz, posto que, nos anos setenta, se aproximará de linhagens fenomenológico-hermenêuticas. A propósito, uma passagem de Larenz sobre o pensamento de Zippelius

pensamento e exprimem os princípios do direito na sua universalidade, e, portanto, em toda a sua precisão.” Idem. *Ibidem*, p. 187.

¹⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 1967, p. 685-686. Reale marca a sua discordância com Scheler e Hartman justamente por discordar do caráter ideal dos valores. Cf. REALE, Miguel. *O direito como experiência*, 1999.

¹⁸ WIEACKER, op. Cit., p. 685.

¹⁹ RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, 1962.

²⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 1967, p. 686.

retrata bem o “espírito” de modelos teóricos que, não obstante às diferentes bases teóricas, podem ser considerados, genericamente, como um “pensamento orientado por valores”.

A bússola das valorações do juiz (ou dos agentes da Administração) vê-a ZIPPELIUS << no ethos jurídico dominante na comunidade>> nas <<concepções dominantes de justiça>>. O <<ethos jurídico dominante>> não consiste numa soma de processos ao nível da consciência, mas no conteúdo de consciência de uma multiplicidade de indivíduos; é <<espírito objetivo>>, no sentido da teoria dos estratos de NICOLAI HARTMANN. Fontes de conhecimento desse <<ethos jurídico dominante>> são, antes do mais, os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, outras normas jurídicas, e ainda <<proposições jurídicas fundamentais da actividade jurisprudencial e da Administração, os usos do tráfego e as instituições da vida social>>; um <<uso tradicional>>, mas apenas <<quando constituiu expressão da concepção valorativa dominante>>. ²¹

Para além de Hegel, poderíamos reconhecer que as falhas na formação desse último estágio do “espírito objetivo” seriam supridas mediante outros elementos “objetivos”. A cláusula geral da boa-fé objetiva, enquanto dever jurídico que ultrapassa a moralidade subjetiva, não só se legitimaria na moralidade objetiva, mas, ao mesmo tempo, viabilizaria a obrigatoriedade de uma série de comportamentos que, embora não previstos de forma explícita no direito estatal, poderiam ser observados e exigidos em um determinado povo. No Brasil, discordando em parte da perspectiva kantiana, mas entendendo, ao contrário de Hegel, que estes não são estágios anteriores a partir dos quais, em virtude da contraposição dialética, redundam o fenómeno jurídico, Miguel Reale edificará a sua Teoria Tridimensional do Direito mediante uma concepção dialética de complementariedade ²².

O culturalismo jurídico de Reale – sob forte influência de Husserl, especialmente se considerada a convergência com a

²¹ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 173.

²² Cf. REALE, Miguel. O direito como experiência, 1999.

última fase de sua Fenomenologia – nos permite avançar na justificação filosófica da objetividade aqui perseguida. Parece-nos que isso fica muito claro na defesa que a adoção da boa-fé objetiva pelo Código Civil de 2002 recebe de Reale. Distanciando-se do individualismo positivista que reduzia a boa-fé à perspectiva subjetiva, o acolhimento da versão objetiva se justificaria, dentre outras razões, na medida em que, para Reale, “a vida do Direito não se reduz a uma sucessão de fatos desvinculados dos valores que lhes dão sentido e significado, de cuja correlação dialética emerge a *regula iuris*”²³. Reale se refere ao caráter tridimensional do Direito, decorrente da interação dialético-complementar de fatos, valores e normas. Justamente por isso, entenderá que “a adoção da boa-fé como condição matriz do comportamento humano, põe a exigência de uma ‘hermenêutica jurídica estrutural’, a qual se distingue pelo exame da totalidade das normas pertinentes a determinada matéria”²⁴. Com isso, seria possível pensar em uma forma de boa-fé que, diferentemente da subjetiva, “apresenta-se como uma *exigência de lealdade*, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal”²⁵.

A linhagem fenomenológica do culturalismo de Carlos Cossio também abriria portas para uma explicação filosófica da boa-fé objetiva, conferindo-lhe condições de possibilidades metodológicas e justificativa ética. A cláusula geral da boa-fé, se vista como um esquema de interpretação da conduta, caracterizaria como antijurídicas aquelas ações marcadas pelo sentido e valor da deslealdade. As condições de possibilidade para tal

²³ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>.

²⁴ Idem. Ibidem. Cf. REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito, 1994.

²⁵ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>.

fenômeno estariam na imersão empírica do intérprete. Sobre a “valoração jurídica de circunstâncias não pensadas pela lei”, dirá Carlos Cossio, após citar exemplo de aplicação de uma lei que exigia medidas atinentes à segurança sanitária.

Quiere decir que dentro de la Ley, que no determina nada sobre esto, caben [muchas] posibilidades y vemos que los jueces han oscilado de unas a otras. Para elucidar la cuestión de este criterio judicial, el único camino es preguntar por él a la experiencia jurídica. Y si tomamos este camino, veremos que los jueces se guían por la valoración jurídica: los jueces se basan, en estos casos, en esos sentidos de orden, de seguridad, de poder, de paz, de cooperación, de solidaridad y justicia, que son inmanentes al Derecho y donde los jueces son partes. La valoración jurídica, en forma empírico-dialéctica, como comprensión de una conducta, escoge ciertas circunstancias del caso, crea su imputación y es el fundamento de ésta. (...) Es decir, la vivencia del sentido de justicia y de los otros valores jurídicos, es el dato material que los mueve y guía al escoger entre ciertas circunstancias ya producidas y ligarlas por una imputación.²⁶

Todavía, se Cossio e a sua Teoria Ecológica do Direito abrem espaço para uma eticidade que se encontra para além da moralidade subjetiva e dos supostos limites semânticos do direito, põe como condição para o “objetivo” algo que perturbará as possibilidades de tal objetividade.

“(...) el punto de vista desde el cual se contempla algo, esté constituido por La posibilidad de que eso que es así para mí, sea también así para todos los demás; es el punto de vista lo que tiene que estar constituido con la posibilidad de que no sólo yo, sino el prójimo y todos los prójimos pueden ver eso mismo que yo veo. Por lo tanto, el problema de lo intersubjetivo aparece aquí como fundamento de lo objetivo, no primariamente porque haya plural acuerdo sobre el hecho que vamos a conocer (...), sino porque, como lo básico y fundamental, el punto de vista debe ser de tal naturaleza que sea posible a los demás colocarse en él, cosa previa al hecho de que los demás consigan ver igual que yo, lo que yo veo.”²⁷

²⁶ COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial, 2002, p. 85-86

²⁷ Idem. Ibidem, p. 143.

Nessa direção, concepções pós-positivistas passaram a acentuar o necessário atravessamento argumentativo nas pretensões de fundamento externo ao sistema. Para além e a partir de Viehweg²⁸, que ainda mantém maior foco no caráter tópico das respostas jurídicas, o caráter retórico-argumentativo passará a ser a tônica, fato que pode ser constatado em trabalhos, como, por exemplo, o de Perelman²⁹, Toulmin³⁰, MaCormic³¹ e Aarnio³², por exemplo. No cenário metódico-constitucional, a sociedade aberta de intérpretes de Häberle³³ e a busca de justificações pós-metafísicas na teoria do discurso de Robert Alexy³⁴ são exemplos da procedimentalização no âmbito do controle de ancoragens do sistema. Com isso, fundamentos valorativo-objetivos são substituídos por construções argumentativas, sob bases retóricas ou procedimentais, muitas vezes legitimadoras de principiologias deontológicas. Do valor ao princípio jurídico positivado; da existência e possibilidade de acesso a um *ethos* objetivo à construção argumentativa. No Brasil, além de autores como Ferraz Jr³⁵, o próprio Miguel Reale chama a atenção para a necessária dimensão dialético-argumentativa na concreção da experiência jurídica. Relendo os momentos de sua filosofia jurídica, Reale destaca que, no momento da experiência jurídica, a compreensão axiológica da vida do Direito se converte naturalmente na compreensão teleológica.

É por isso que, enquanto o mundo sempre agitado e imprevisível dos valores - não obstante a existência de invariantes axiológicas - desafia nossas forças intuitivas e racionais, o mundo dos fins resulta de uma filtragem racional daquilo que é

²⁸ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência, 1979.

²⁹ PERELMAN, Chaïm. Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique, 1958.

³⁰ TOULMIN, Stephen E. The uses of argument, 1958.

³¹ MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and legal theory, 1978.

³² AARNIO, Aulis. The rational as reasonable: a treatise on legal justification, 1987.

³³ HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten in JZ, 1975.

³⁴ ALEXY, Robert. Theorie der juristischen Argumentation, 1978.

³⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação, 1973.

valorado, importando numa opção intelectual por um dos caminhos possíveis: é essa a razão de ser da norma jurídica, a qual se põe sempre como um dado racional destinado a ser racionalmente interpretado, ainda que não possam e não devam ser olvidados os motivos axiológicos que lhe deram ser, mesmo quando tismados de irracionalidade. O que cabe à razão é realizar o superamento das contradições inerentes ao mundo das estimativas, o que só é possível em termos de razão concreta ou de razão dialética (na qual a razão argumentativa se insere) decidindo sobre os critérios que devem ser seguidos na aplicação da norma jurídica, na medida de sua elasticidade axiológica, até que surja a necessidade de sua revogação formal.³⁶

Mesmo ressaltando a existência de constantes axiológicas, Reale admite a complexidade do universo axiológico e a importância de uma razão argumentativa, além de fechar as possibilidades hermenêuticas mediante a substituição do axiológico pelo finalístico, diretamente ligado à dimensão normativa.

Desse modo, os caminhos percorridos pela Filosofia do Direito, impulsionada pela Filosofia contemporânea, levam-nos a crer que “objetividade ética” externa ao direito se dissolve na pluralidade e exige uma resignificação. O caminho para uma resignificação filosófica da dimensão ético-substancial da boa-fé “não subjetiva” somente poderá ser encontrado na intersubjetividade, condição de possibilidade e legitimação de um universo ético compartilhado. O outro lado da boa-fé subjetiva reinante em nosso Código de 1916 não estaria, portanto, no “objetivo”, mas no “intersubjetivo”. Essa missão, todavia, traduz-se em uma demanda que ultrapassa os limites de uma Filosofia – embora sem dela prescindir –, encontrando eco no seio de teorias sobre a sociedade moderna. Para elas precisamos avançar.

3. PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO DIREITO NA MODERNIDADE

Para além das reflexões filosóficas, uma análise

³⁶ REALE, Miguel. O direito como experiência, 1999, p. XXVI.

sociológica que tangencia as funções do direito na modernização reflexiva também denunciará problemas para a “objetividade” da boa-fé no sentido aqui perseguido, mas, por outro lado, será um ponto de partida necessário à sua ressignificação intersubjetiva. Os caminhos para eventuais alternativas, ainda que sempre no horizonte de modelos filosóficos pragmáticos – mesmo quando negados – podem, todavia, nos remeter a diferentes possibilidades. Dentre as diferentes formas de abordar o problema do direito na modernidade, duas me chamam a atenção justamente, seja pela sofisticação da análise, seja porque poderão ser produtivas aos nossos propósitos. É sobre as visões habermasiana³⁷ e luhmanniana³⁸ que iremos tratar neste tópico.

Se observarmos o direito moderno em uma perspectiva sociológica de cariz habermasiano, observaremos em seu pano de fundo um movimento de afirmação de uma perspectiva ética procedimental pós-convencional, necessária à redução da tensão entre a faticidade do direito e a sua validade racional, problema ínsito ao direito moderno na medida em que essa busca legitimação em sua própria validade³⁹. A partir de um modelo de equivalência para com a evolução moral do indivíduo em Piaget e Kolberg, Habermas acredita que a evolução reflexiva da modernidade nos leva a uma sociedade pós-convencional⁴⁰, na qual a legitimação do direito faticamente imposto necessitaria, todavia, do atravessamento de uma ética do discurso, segundo a qual um discurso somente será válido se a argumentação puder ser racional e aceita sem coação pelos demais participantes⁴¹. Na dinâmica complexa da formação do sistema jurídico, o princípio “D” não poderia ser sustentado por uma razão moral (ainda que pós-convencional), dependendo da complementariedade

³⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 2001.

³⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, 2007.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 2001, p. 94, 306-307.

⁴⁰ *Idem*. *Ibidem*, p. 135.

⁴¹ Referência à necessidade de pensar o direito no horizonte de uma ética do discurso.

funcional de um Direito que, no cenário pós-convencional, deve ser regido pela face institucional de “D”, isto é, pelo princípio da democracia⁴². A democracia é uma dinâmica complexa que não rejeita a complementariedade funcional de uma moral pós-convencional, mas que exige, devido à debilidade motivacional e cognitiva, o respeito a procedimentos institucionalizados que deixarão fluir o poder comunicativo gerado na esfera pública para o poder político deliberativo. O direito é resultado de uma dinâmica comunicativa e se legitima pelas condições em que essa dinâmica se dá. O sentido que o direito assume em uma sociedade moderna é um sentido construído intersubjetivamente. Não há nada de “objetivo”, razão pela qual Habermas refuta expressamente uma abertura do direito à razão prática convencional.

(...) En Teoría de la acción comunicativa emprendí un camino distinto: el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa. Y esto es algo más que un cambio de etiqueta. (...) La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa. (...) [La razón práctica] ya no sirve directamente a introducir una teoría normativa del derecho y la moral. (...) Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de imperativos sistémicos.⁴³

A razão prática deve, portanto, ser substituída por uma razão comunicativa, de modo que a realização da moral pós-convencional marque um mundo da vida racionalizado⁴⁴ e permita,

⁴² HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 169-184.

⁴³ Idem. Ibidem, p. 65-67.

⁴⁴ Idem, Ibidem, p. 78-90.

face à debilidade motivacional e epistêmica da moral pós-convencional, a infiltração de procedimentos jurídicos que garantam a tomada de decisões democráticas na formação de um sistema jurídico que, embora marcado pela faticidade da imposição Estatal, encontrar-se-á legitimado pelas condições procedimentais de sua formação. Desse modo, a redução de complexidade da sociedade moderna se dará pelo Direito⁴⁵, embora isso não signifique colonização de um mundo da vida que, racionalizado, continuará se reproduzindo e legitimando o direito.

De qualquer sorte, por melhor que seja a dinâmica discursivo-democrática na formação do direito, Habermas não tem a ilusão de que tal legitimação elimine os problemas típicos de sua aplicação em situações concretas. Valendo-se, no particular, da distinção promovida por Klaus Günther⁴⁶, restará claro que o Judiciário produzirá “discursos de aplicação”, direito legislado a situações concretas. Todavia, ainda que reconheça a importância de procedimentos argumentativos dirigidos aos atores do processo jurisdicional, Habermas discordará do modelo proposto por Alexy, que considera princípios como mandados de otimização e atribui a regras procedimentais do diálogo entre presentes (dirigido aos atores do processo) a responsabilidade de legitimar o uso de razões externas ao sistema jurídico, cuja função seria justificar o uso de determinados arranjos dos discursos de justificação interna⁴⁷. Para Habermas, o Direito, ainda que cooriginário e complementar à moral pós-convencional, não é um

⁴⁵ “En las sociedades complejas la moral sólo puede tener efectividad allende él ámbito de lo próximo se queda traducida al código jurídico o código (<<justo>> jurídico/<<injusto>> jurídico) con que funciona el derecho”. Idem. Ibidem, p. 175.

⁴⁶ “Sob condições de um princípio moral universal, do tipo do princípio de universalização (U), a ideia de imparcialidade se subdivide em um discurso de fundamentação situacionalmente dependente e um discurso de aplicação que examina todos os sinais característicos de uma situação” GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no direito e na moral, 2004, p. 301.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, 2005.

caso especial da racionalidade prática⁴⁸. Direito é direito, moral é moral. Cooriginários em suas versões procedimentais e complementares em termos funcionais (um ajuda o outro na função estabilizadora), mas distintos e autônomos. O que significa dizer, por exemplo, que a legitimação do direito precisa estar atenta a uma rede de argumentações, negociações e comunicações políticas, a moral não poderia corrigir o direito e os princípios jurídicos também não poderiam ser considerados mandados de otimização, mas imposições jurídico-deontológicas que exigem cumprimento na medida do sistema legitimado democraticamente. Essa é a razão pela qual Habermas, embora ressaltando a crítica ao solipsismo de Hércules, vê com bons olhos o modelo de interpretação/aplicação construtivista do direito proposta por Dworkin⁴⁹.

Já no modelo evolutivo proposto por Luhmann, diferentes caminhos nos levarão a conclusões, em parte, semelhantes⁵⁰, especialmente se considerarmos modelos pós-luhmannianos⁵¹. O que marca a sociedade moderna em Luhmann é o elevado grau de complexidade e a conseqüente diferenciação funcional dos sub-sistemas comunicacionais⁵². Ao contrário de Habermas, que parte de modelos ideais como tradutores da modernidade, particularmente dos padrões de legitimação pós-convencionais da ação comunicativa entre presentes, Luhmann restringe a racionalidade de seu modelo às possibilidades de observação. A partir de concepções inspiradas na lógica cibernética e na

⁴⁸ HABERMAS, op. cit., p. 305-306.

⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 280.

⁵⁰ Especialmente se considerarmos as modificações que o pensamento de Habermas passou até a edição de *Facticidad y validez*, em comparação com o que foi por ele dito na Teoria da ação comunicativa e no Direito e moral, da Tenner Lectures. Cf. HABERMAS, Jürgen. Teoria de la acción comunicativa, 1987. v. 1

⁵¹ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã, 2006. TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico, 1989.

⁵² LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, 2007, p. 108 e ss.

fenomenologia⁵³, defende que qualquer observação depende de diferenciações entre sistema e meio ambiente e que, sendo a sociedade um sistema comunicacional, sua observação depende da diferença entre comunicação e consciência⁵⁴. Alvo de muitas críticas, a diferença que permite observar a sociedade é também aquela que coloca o sujeito em seu entorno, mas que, por outro lado, a possibilita. A necessidade de redução de complexidade do entorno social exige, a partir de reentradas, novas diferenciações que viabilizarão, conseqüentemente, observar a sociedade a partir de diferentes ângulos⁵⁵, dentre eles a política e o direito, diferenciados funcionalmente, ainda que derivados da diferenciação funcional de um único meio de comunicação genericamente simbolizado, o poder⁵⁶. Uma das marcas da sociedade moderna será, portanto, o controle autônomo e recíproco das comunicações de poder por uma política que se processa juridicamente e por um direito formado por aquilo que foi politicamente decidido⁵⁷. A conexão entre ambos se dá mediante acoplamentos estruturais, a exemplo da Constituição que estabelece regras jurídicas fundamentais para o jogo político fundador do direito⁵⁸. A legitimação do direito se dá a partir da sua própria autonomia

⁵³ Idem. Ibidem, p. 29.

⁵⁴ “*Por su modo inadvertido y silencioso de funcionar, el acoplamiento estructural (conciencia/comunicación) no excluye en absoluto que quienes forman parte del suceso comunicativo se identifiquen en la comunicación, o que además sea a ellos a quienes se dirija la palabra.*” Idem. Ibidem, p. 77.

⁵⁵ “*La evolución de la sociedad — tal como lo hemos tratado de exponer — exige y realiza una diferenciación de las funciones evolutivas, es decir, exige su realización mediante diferentes estados de cosas.*” Idem. Ibidem, p. 393.

⁵⁶ Idem. Ibidem, p. 245. Sobre a importância dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, vide VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da Teoria dos Meios de Comunicação. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2014, jan-jun. Último acesso em 19/08/2014. Disponível em < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/478>>

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, 2005. p. 492.

⁵⁸ Idem. Ibidem, p..600.

autorreferenciada, marca dos sistemas autopoieticos⁵⁹. A abertura cognitiva e a possibilidade de ser irritado por outros sistemas é a condição para a sua modificação, que se dá mediante seleções contingentes autorreferenciadas⁶⁰. Ainda que, em termos descritivos, a legitimação também seja procedimental, em Luhmann ela decorrerá da faticidade do funcionamento autopoietico do sistema, não havendo, portanto, mais espaço para legitimações finalísticas⁶¹.

A autonomia do direito na sociedade moderna não se afirmaria, apenas, em relação à política, mas também em relação a todos os demais sistemas, o que inclui a moral e a religião. Quanto à moral, diferentemente do que ocorre com a comunicação econômica e a política, que sobrevivem na linha evolutiva da comunicação social, a modernidade teria promovido uma substituição. Enquanto a moral era engolida pela consciência⁶², que está fora da comunicação social, o direito evoluiu como sistema, assumindo a função de, em face da complexidade e contingência sociais, promover expectativas congruentes⁶³. Para uma sociedade moderna, lançada à faticidade da contingência e com elevado grau de complexidade, não seria possível apostar em “sistemas” de moralidade, muito menos em um *ethos* que se objetiva no espírito de um povo ou de uma comunidade, até porque a comunicação, uma vez sendo global, a sociedade também o é⁶⁴. Contingência, complexidade e pluralismo – pressupostos também aceitos por Habermas – impediria que a função de garantir expectativas congruentes no âmbito da comunicação

⁵⁹Idem. Ibidem, p. 93.

⁶⁰ “*La evolución de la sociedad —tal como lo hemos tratado de exponer— exige y realiza una diferenciación de las funciones evolutivas, es decir, exige su realización mediante diferentes estados de cosas.*” LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, 2007, p. 393.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 145.

⁶² Idem. Ibidem, p. 822.

⁶³ Idem. Ibidem, p. 181 e ss.

⁶⁴Idem. Ibidem, p. 108.

social fosse levada ao lado externo do sistema jurídico e ancorada em um *ethos* objetivo.

Como vimos, embora estejamos falando de dois diferentes modelos de socialização, ambos refutam a possibilidade de amparo nesse *ethos* externo e objetivo. Tanto as bases lógico-filosóficas pós-metafísicas assumidas por Habermas e Luhmann quanto suas respectivas teorias da sociedade moderna refutariam a aposta em um *ethos* substancial objetivo que já não estivesse associado ao direito.

No caso de Habermas, ainda que aceitasse a existência e convivência de diferentes *ethos* comunitários, sabe-se, por outro lado, que tal pluralismo promoveria conflitos, exigindo que acordos e compromissos (quando o agir estratégico for determinante) fossem firmados mediante a proteção de procedimentos de formação democrática do direito. Habermas talvez admitisse, ainda, uma visão procedimental da boa-fé, vinculando seu conteúdo a exigências da moralidade pós-convencional⁶⁵, responsável por um teste de universalização do procedimento responsável pela elaboração do negócio jurídico. Embora seja algo problemático no pensamento habermasiano, essa suposta perspectiva corroboraria, de qualquer sorte, com o que sustentamos ao final do item anterior: não estaríamos falando, de qualquer sorte, de uma boa-fé objetiva, que vincula determinados arquétipos substanciais de comportamento, mas de uma boa-fé intersubjetiva, voltada para a garantia de participação livre e isonômica nos procedimentos que validam os negócios jurídicos. Já nas leituras clássicas sobre a boa-fé objetiva, encontraremos, em meio à pretensão de vinculação externa de determinados parâmetros de comportamento pautados na moral convencional, algumas exigências que poderiam se sustentar na exigência de universalização presente na moral pós-convencional.

Em modelos sistêmicos pós-luhmannianos, seria possível observar o fluxo de tais perspectivas éticas no momento de

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001, p. 235.

abertura cognitiva do direito, o que produzirá irritações, variações e, eventualmente, novas seleções no sistema quando de seu momento operativo⁶⁶. Todavia, se a heterorreferência à moral convencional ou a sistemas funcionais servirem como justificacão imediata à decisão jurídica (fechamento operativo), ainda que se mantenha a identidade do direito, estaremos diante de um fenômeno de corrupção sistêmica, de uma quebra alopoiética da autonomia reflexiva do sistema jurídico⁶⁷. O máximo que poderíamos sustentar quanto ao conteúdo boa-fé estaria relacionado às exigências de “inclusão generalizada” no sistema, na medida em que esse seria o único *telos* sustentável no cenário pós-ontológico de tais teorias⁶⁸. Neste cenário, embora a função da boa-fé em negócios jurídicos privados fique demasiado reduzida, seria possível verificar consequências em situações onde o caráter público fosse a tônica, especialmente no que toca a questões processuais voltadas para a garantia do fluxo transversal de racionalidades⁶⁹. De todo modo, estaríamos, mais uma vez, falando de requisitos formais no trato de questões intersubjetivo-comunicacionais, restando ao conteúdo os limites substanciais da ação conforme a programação do próprio sistema jurídico.

Desse modo, considerando tais perspectivas procedimentais, a leitura intersubjetiva da boa-fé poderia ser responsável por invalidar determinados atos e legitimar intervenções judiciais na formação participativa de determinados negócios, bem como exigir determinadas exigências de universalização e

⁶⁶ NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules, 2013, p. 136.

⁶⁷ “A chamada “corrupção sistêmica” tem tendência à generalização nas condições típicas de reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito. (...) O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e ambiente, inclusive no que se refere a um pretense direito extra-estatal socialmente difuso.” NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica, 2007, p. 147.

⁶⁸ Cf. NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã, 2006, p. 146.

⁶⁹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, 2009, p.34 e ss.

generalização em procedimentos jurídicos voltados para individualização do direito, a exemplo do processo judicial e administrativo. A determinação de parâmetros substanciais de comportamento dependeria, todavia, do sentido que o sistema jurídico atribuísse à conduta. Neste âmbito, vale lembrar que modelos circulares e reflexivos de sistema permitem a reprodução autorreferenciada, de modo que não podemos tomar por equivalentes a noção de programa e fontes legais.

Em sendo assim, o que nos resta indagar no caminho da ressignificação intersubjetiva da boa-fé diz respeito à possibilidade de, mesmo em um cenário pós-metafísico e no âmbito de uma sociedade moderna global, ultrapassar tais limites procedimentais na direção de um pano de fundo ético-substancial intersubjetivamente compartilhado, mesmo que tal referência esteja limitada ao momento de abertura cognitiva, não representando a correção do direito pela moral. Eis a última missão de nosso texto.

4. RESSIGNIFICAÇÃO INTERSUBJETIVA DA BOA-FÉ

O modelo teórico que vimos perseguindo leva em consideração os limites e possibilidades de uma fenomenologia hermenêutica que, no particular, sugere a existência de sentidos de mundo constituídos em razão da presença do *Dasein*, desde já e sempre, *aí* e com os outros⁷⁰. As coisas fazem sentido, não sendo

⁷⁰ A *temporalidade* será vista como o sentido da tríplice estrutura denominada por Heidegger como *cuidado* (*Sorge*). Somos, dessa forma, uma síntese de passado, presente e futuro. No passado somos a *faticidade* de um *ente* que está aí desde já e sempre *em um mundo* que nos abriga. Mas aqui vale o alerta de Heidegger quanto à impossibilidade de pensarmos esse “em” como algo que denota o estar “dentro de...”. Estar *em um mundo* quer dizer estar *num mundo*; manter com esse mundo uma relação recíproca com os outros que estão dentro desse mesmo espaço. Embora a reflexão sobre a linguagem em *Ser e tempo* ainda esteja encoberta, é possível dizer que estar em um mundo é estar *em um mundo* de linguagem, que é construído pela interação recíproca com o outro nesse diálogo que nós desde já e sempre somos. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, p. 90-91.

este um ser decorrente da natureza da coisa ou de sínteses apriorísticas produzidas na consciência transcendente. Simplesmente, fazem sentido em razão de uma história efetual⁷¹. Dentre essas coisas, o sentido de reprobabilidade se dá a partir de algo que se considera também uma conduta⁷². Sentidos de reprobabilidade da conduta são construções intersubjetivas e historicamente situadas cujo acontecer se dá como um fenômeno linguístico-compreensivo. A linguagem sobre a qual nos referimos não é, todavia, esta de que nos valem para nos comunicar – perseguida na trilha das teorias analíticas da linguagem – mas uma linguagem fundacional, que se dá “como” hermenêutica, que abriga o ser, o sentido das coisas⁷³.

Nesse breve relato sobre as bases de uma fenomenologia hermenêutica há uma postura puramente descritiva. Até ai não tomamos posição sobre qual conduta deve ser reprovada, tampouco sobre as obrigações do outro em face desse sentido de reprobabilidade, o que significa dizer que, até aí, não adentramos no campo da *ética*, tampouco de um direito da sociedade. Apenas demarcamos, ontológico-hermeneuticamente, as bases linguísticas do acontecer do *sentido de mundo*. Avançar para uma perspectiva *ética* exigiria que, a partir dessas bases, fosse possível demarcar responsabilidades e, conseqüentemente, os critérios de justificação entre o correto e o errado. Implicaria falar de verdade e correção no horizonte histórico dos sentidos. Neste caminho, poderíamos, por exemplo, tentar separar os sentidos que se dão onde a interpretação cessa, isto é, onde não mais nos questionamos sobre o lado encoberto da coisa que permite o desvelar desse sentido, mas aqui dependeríamos de uma crítica dialógica. Nos revelaria a necessidade de avançar na analítica sobre

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método, 2003, p. 397.

⁷² Cf. COSSIO, Carlos. La teoria egologica del derecho, 1964, p. 67-69.

⁷³ Aqui me refiro àquilo que Ernildo Stein chamou de “dupla estrutura da linguagem”. STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia, 2006, p. XV. Vide, também, HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 219. Sobre implicações no direito, vide STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2011.

o acontecer do *ser* na compreensão, explicitando sua circularidade e as (im)possibilidades de reflexão sobre o ser compreendido. Exigiria uma hermenêutica que nos dissesse que a verdade é desvelamento de sentido; que todo desvelamento de sentido, enquanto uma antecipação de sentido imposta pela faticidade do movimento compreensivo, será, inexoravelmente, verdadeira. Exigiria, por conseguinte, abandonarmos noções tradicionais de verdade, já que o contrário do verdadeiro, em termos hermenêuticos, não será o falso – uma qualidade que só pode ser aplicada ao *logos* – mas, sim, o velado, aquilo que não aconteceu enquanto sentido⁷⁴. Com isso, chegaríamos à conclusão de que é a própria história – o que pode ser observado no ocidente desde o surgimento da Filosofia grega – que sustenta a exigência de uma atitude desveladora. Da alienação do nosso cotidiano, ao *cuidado* derivado da angústia provocada pela ultrapassagem de sentidos perdidos⁷⁵.

Neste momento teríamos um caminho para uma Ética, posto que nossas decisões e ações, por imposição da própria história, deveriam considerar, conforme a descrição da nossa forma (compreensiva) de ser no mundo, os sentidos desvelados na sua máxima possibilidade. O cuidado com o máximo desvelar. Aqui seria necessário – e percebam que já sairemos de um modelo hermenêutico descritivo para um modelo normativo – dois níveis de reflexividade impostos pelo privilégio do desvelamento em detrimento do velado. Uma autorreflexão, decorrente daquilo que Gadamer chamou de vigilância, e uma heterorreflexão, viabilizada pelas possibilidades do jogo e do diálogo com o outro⁷⁶. Tomando como pressuposto a possibilidade de não termos explorado o sufici(ente) aquilo que possibilitará o acontecer do

⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. *Lógica*, 2004, p. 108 e ss.

⁷⁵ De qualquer sorte, vale o alerta: “A condição existencial de possibilidade de ‘cuidado com a vida’ e ‘dedicação’ deve ser concebida como cura num sentido originário, ou seja, ontológico.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2005, 265.

⁷⁶ Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*, 2011.

sentido na diferença ontológica, rever, jogar com a coisa. E, tomando como pressuposto que esse autojogo também poderá deixar sentidos velados, dialogar e jogar com o outro, abrir-se à perspectiva da alteridade. Explorar ao máximo as possibilidades de sentido de ser do ente. De qualquer forma, chegaríamos a uma ética do “cuidado”, o que pressupõe, justamente, a ausência de certezas.

Considerando, então, que nossas bases fenomenológico-hermenêutico-filosóficas abram possibilidades para a ampliação de sentido e para a construção da diferença certo e errado em um horizonte de sentido relacionado ao mundo vivido, a colocação desse modelo filosófico no horizonte do direito exige mais perguntas. Uma Ética que explore ao máximo as possibilidades de sentido de mundo, que assuma uma perspectiva crítica sobre tal sentido mediante uma abertura ao outro no diálogo, poderia cumprir a função do direito em uma sociedade complexa cujo universo linguístico determinante de sentidos de reprobabilidade ultrapassam fronteiras culturais, comunitárias e estatais? Parece-nos, evidente, que não. Isso porque os sentidos de reprobabilidade de uma conduta, por mais desvelados e criticados que sejam, não constituirão uma única variável ética. Ademais, ainda que esse *ethos* plural possa vir a ser integrado mediante sucessivos jogos de crítica e aceleração dialógica do tempo existencial, além do risco de novas problematizações, soluções imediatas serão exigidas. Somente o direito pode assumir essa função em um contexto plural, complexo e global. Somente o direito pode decidir aquilo que uma Ética não dá conta, ainda que admitamos, com “cuidado”, a possibilidade de comportamentos autênticos por aproximação.

E o direito o fará. Na sua construção, tal qual fez Habermas, poderíamos exigir que determinadas condições procedimentais de legitimidade fossem cumpridas em nome da produção de um direito democrático. Esse direito cumprirá a função que a *eticidade*, por mais alargada que seja, não teve condições

de cumprir. Em sendo assim, esse mesmo direito não poderá “terceirizar” tal mister, justamente, para aquela eticidade débil, cujos limites exigiram e, por tal exigência, legitimaram a criação de um sistema jurídico autônomo. Essa autonomia, de fato, não garantirá a sua completude *prima facie*, tampouco implicará falta de comunicabilidade com a *eticidade* e com os sistemas sociais que se diferenciaram na comunicação. A alternativa a esse problema não poderá levar, no entanto, a uma leitura intersubjetiva da boa-fé que venha a representar uma chave de fechamento das lacunas do direito e de legitimação operacional em seus atos de concretização. A função da boa-fé em uma releitura intersubjetiva não estará, portanto, no auxílio operativo que ela pode proporcionar às decisões que fecham e concretizam o direito, mas sim na abertura cognitiva ao plano consensual (limitado) que pode ser intersubjetivamente desvelado com a ajuda da redução de complexidade a partir do problema. Na perspectiva intersubjetiva que propomos, não será a boa-fé que ajuda o direito, mas o direito que ajuda e viabiliza a boa-fé, desde que abandonemos o olhar semântico lançado às cláusulas gerais e utilizemos a noção de princípio como uma forma da diferença consenso-disenso proposta no modelo hermenêutico heterorreflexivo. Em outras palavras, a presença da boa-fé intersubjetiva na programação do sistema jurídico constitui um apelo à complementariedade funcional que uma ideia de eticidade alargada pode proporcionar, sem que tal complementariedade seja confundida com uma comunicabilidade corretiva do *ethos* em relação ao direito.

Aqui chegamos no ponto que distingue a proposta heterorreflexiva⁷⁷ – bem como outras correntes análogas – de antigas dicotomias. Jusnaturalismos *versus* positivismo; sistema fechado *versus* aberto; subsunção *versus* ponderação; regra *versus* princípio; interpretação *versus* aplicação; cálculo lógico *versus* discricionariedade, dentre outras. A improvável e questionável

⁷⁷ Idem. Ibidem.

– reconhecimento – conexão entre a fenomenologia hermenêutica, as teorias críticas e a teoria sistêmica nos permite reconstruir e superar as velhas dicotomias, desde que não confundamos tais conexões com mixagens epistemológicas. As possibilidades da fenomenologia hermenêutica permitem pensar a filosofia como uma tradutora de sentidos de mundo, na qual o *cuidado* pode ser considerado um existencial. Suas impossibilidades, todavia, exigem a crítica desse sentido. As possibilidades de crítica permitem avanços e demarcações da diferença consenso-dissenso, enquanto que as possibilidades daquela fenomenologia (ontológica) pressuriza a consolidação dessas zonas. As impossibilidades da fenomenologia e da crítica heterorreflexiva demandam, por sua vez, uma teoria sobre a comunicação do direito da sociedade e de sua função estabilizadora de sentidos. Uma teoria do apofântico, que substitui a lógica clássica e explica como a sociedade complexa e global se comunica. Três diferentes níveis de sentido (de *mundo*, da *crítica* e do *sistema*) que se inter cruzam. O *sentido do sistema*, por mais seletivo que seja, precisa fazer (algum) *sentido no mundo*, diferentemente do modelo proposto por Luhmann. Em nossa proposta, as reentradas de sentido – que, em razão da reconstrução fenomenológica hermenêutica, não é um problema de consciência – permanecem vivas na seletividade do sentido sistêmico. A estabilização desse sentido, no entanto, não poderá se dar sem o atravessamento da crítica⁷⁸. A dimensão ontológica de sentido (de *mundo*) é agente pressurizador da crítica e da estabilidade sistêmicas, mas jamais definidor. Constrange e pressuriza o discurso no nível tanto do agir estratégico da crítica interpenetrada por diferentes perspectivas éticas, bem como pressuriza a aderência do sistema. A justiça desse modelo está no fato de que, além de ensaio e tentativa de dar respostas eticamente dialogadas, tudo continua “girando”, tudo

⁷⁸ O atravessamento da crítica na teoria sistêmica, ainda que sob bases pós-modernas, é proposto por Marcelo Neves mediante o que ele chama, com Welsch, de racionalidade transversal. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, 2009, p.34 e ss..

pode ser diferente amanhã.

A boa-fé intersubjetiva permitirá no jogo dialógico contratextual⁷⁹ – aquele no qual o direito penetra apenas no nível procedimental, estando a comunicação jurídica substancial bloqueada contratextualmente – a construção da diferença entre consensos e dissensos éticos sobre qual conduta era ou não esperada. O consenso é assimilado pelo sistema como conteúdo material do *princípio* da boa-fé intersubjetiva, enquanto que o dissenso é transportado para soluções jurídicas tecnológicas e jurisprudenciais que não poderão retornar ao *ethos*, salvo mediante seus efeitos reflexivos. Embora o direito não seja corrigido pela eticidade, ele precisa fazer sentido, isto é, não poderá criar conflitos onde os mesmos não existem, tampouco ignorar as zonas de consenso que eventualmente sejam produzidas no jogo dialógico contratextual, sob pena de violar o caráter sócio-funcional-complementar entre ambos. Esse jogo só é possível – e aqui há uma aproximação para com aqueles que já percebiam em modelos tópico-problemáticos as condições de aplicação da boa-fé objetiva – porque o redutor de complexidade para a comunicação ética é um *problema* e não um sistema, seja porque o sentido de mundo não pode ser racionalizado neste nível, seja porque o único sistema ao qual teríamos acesso – o direito – está bloqueado contratextualmente⁸⁰. O problema permite o diálogo ético contratextual e, por conseguinte, a formação da diferença consenso-dissenso⁸¹. O resto é o direito que reflexivamente resolverá no diálogo entre problema e sistema.

Embora as limitações espaço-temporais desse *paper* não nos permita avançar no modelo heterorreflexivo, é importante

⁷⁹ CARNEIRO, Wálber Araujo. Hermenêutica jurídica heterorreflexiva, 2011, p. 252.

⁸⁰ Idem. Ibidem.

⁸¹ A concepção de princípios como uma forma na diferença consenso-dissenso já está presente em Hermenêutica jurídica heterorreflexiva (p. 256), embora a utilização da ideia de forma inspirada na gramática luhmanniana encontra-se presente em textos mais recentes. Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. Judicialização das políticas públicas, 2014, p. 116.

destacar que a comunicação sistêmica do direito está ancorada sobre bases completamente distintas daquela estrutura piramidal fechada ou aberta que conhecemos. O modelo luhmanniano revolucionou a perspectiva de observação do sistema jurídico, enquanto que modelos pós-luhmannianos avançaram no que diz respeito às suas relações reflexivas com o entorno e com ele próprio. Desse modo, os princípios – que na nossa proposta é uma forma consenso-dissenso gerada no entorno do sistema e nela estruturada sistemicamente – encontram-se na periferia de um sistema circular e demandam, reflexivamente, respostas tecnológicas (programadas na interpenetração entre direito e política) que precisam a) respeitar as zonas consensuais produzidas no jogo dialógico contratextual e b) resolver, mediante soluções standard, as zonas de conflito. Como dissemos em outra oportunidade, “princípios ouvem muito e falam pouco”, mas falam. Essa visão é completamente diferente daquelas que acreditam que os princípios dizem tudo e acabam, inocentemente, recaindo na velha discricionariedade judicial⁸². As tecnologias do sistema, que podem ser lidas em termos estruturais como regras jurídicas, na medida em que passam a integrar a programação do sistema jurídico (tarefa cumprida, preponderantemente, pelo sistema político interpenetrado constitucionalmente), consolidam a visão da diferença consenso-dissenso como conteúdo do princípio, a exemplo daquele que poderíamos chamar de princípio da boa-fé intersubjetiva. Essa consolidação é estabilizada – ou irritada – com a ajuda de um sistema reflexivo externo e autônomo, também interconectado com o sistema jurídico, que é o sistema científico. A doutrina, refletindo as operações de abertura e fechamento do sistema, atravessa sua crítica, propõe reconstruções, irrita e estabiliza o sistema jurídico que será fechado, em decisões concretas, por decisões judiciais que se encontrarão no

⁸² Neste mesmo sentido, chamo atenção para a crítica que Lenio Streck denominou de pan-principiologismo. STRECK, Lenio. O que é isto – decido conforme minha consciência?, 2010.

seu centro. Tais decisões refletem do centro em direção à periferia e criam uma nova zona reflexiva, a jurisprudência. A jurisprudência é refletida e criticada no sistema científico, reflete alterações ou ratificações legislativas (embora incomum em um cenário no qual o sistema ainda é visto como uma estrutura hierarquizada). E, mais uma vez, consolida a diferença consensodissenso, que “sai” do sistema promovendo e auxiliando outros diálogos, ou seja, uma corrente reflexiva constante que promove alterações e ratificações na busca de sua estabilidade racionalizada (há uma dimensão ontológica e crítica que ajuda e “atrapalha” essa estabilização fático-social mediante a pressurização e imperativos científicos de racionalidade de sentido crítico-ontológico, o que não está presente no modelo luhmanniano clássico)⁸³.

CONCLUSÃO

Embora as conclusões já tenham sido antecipadas ao longo do texto, é possível promover uma breve síntese, ainda que a compreensão dependa do que já foi dito.

Em primeiro lugar, tomamos como base para a crítica uma perspectiva de boa-fé objetiva que, contrapondo-se a boa-fé subjetiva, acredita que, na condição de uma cláusula geral, é possível retornar dela a um *ethos* objetivo, que serve não apenas como fundamento, mas também como parâmetro substancial para o julgamento de determinadas condutas que serão tomadas por lícitas ou ilícitas a depender da relação que elas possuem com tais arquétipos de lealdade e confiança.

Em seguida, tentamos buscar as *raízes* filosóficas que admitem a existência de um espaço de eticidade alargado, que ultrapassa a autolegislação decorrente do espírito subjetivo e avança para uma dimensão onde a liberdade só fará sentido na

⁸³ Sobre as camadas reflexivas no modelo hermenêutico heterorreflexivo, Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*, 2011, p. 254 e ss.

integração com o outro. Dimensões do espírito objetivo de um povo, de uma comunidade, que terão no direito um ponto de chegada reafirmador do *ethos* e que, mesmo necessário, jamais totalmente contingente. Navegamos por Hegel e por correntes neo-hegelianas e fenomenológicas, associadas ao que se chama de pensamento jurídico orientado por valores. Concluímos, todavia, que tais correntes nos conduziram de perspectivas de eticidade objetivas para modelos pragmáticos, inter ou transsubjetivos, substituindo a clarividência e a revelação pela construção baseada no consenso e/ou no dissenso.

Nessa linha, avançamos com a análise de dois importantes paradigmas voltados, dentre outras questões, para a evolução funcional do direito moderno. Percebemos que tanto com Habermas quanto com Luhmann o direito moderno é marcado pela legitimação procedimental (não obstante os limites da racionalidade de cada um dos modelos), na medida em que o cenário pós-convencional ou pós-ontológico impede ancoragens metafísicas ao sistema. Com isso, ainda que possa se admitir uma complementariedade funcional entre moral e direito, a autonomia desse último impede qualquer retorno a um modelo de eticidade que possui limites no âmbito de uma sociedade complexa, plural e global. Na evolução reflexiva da modernidade, enquanto a moral foi sendo introjetada na consciência, o direito foi tomando o seu lugar. Desse modo, mesmo quando estamos preocupados com a complexa dinâmica de reprodução do sistema jurídico no que diz respeito à sua legitimidade, a solução dos problemas decorrentes de lacunas e ambiguidades precisa ser resolvida mediante critérios deontológicos derivados de um direito autônomo que, embora se legitime democraticamente naquela complexa dinâmica – na qual a moral tem um papel importante de complementariedade – impõe-se enquanto faticidade. Neste particular, é possível perceber fortes paralelos entre autores como Habermas, Luhmann e Dworkin, por mais estranho que isso possa parecer à primeira vista.

Por fim, a ressignificação intersubjetiva da boa-fé. Apresentando, ainda que superficialmente, aportes da proposta heterorreflexiva, tentamos mostrar como o referido modelo teórico pode contribuir para a caracterização possível de uma boa-fé intersubjetiva, sem abrir mão de eventuais conteúdos substanciais em um universo ético plural. A possibilidade, mediante o jogo dialógico contratextual, de se construir, heterorreflexivamente, uma forma consenso-dissenso viabilizada pela redução de complexidade proporcionada pelo *prius* metodológico do problema. A recepção dessa forma pela periferia do sistema jurídico é viabilizada pela colocação da boa-fé como princípio que estrutura a comunicação da forma e pela colocação do sistema jurídico como um sistema social que opera, circularmente, mediante um constante jogo de abertura cognitiva e fechamento operativo. Por conseguinte, uma vez consideradas as diferentes camadas reflexivas do sistema jurídico, as implicações de fluxo e contrafluxo reflexivos da periferia para o centro e do centro para a periferia permitiriam a estabilização e a irritação do sistema com a ajuda da pressurização crítico-ontológica.

Em suma, do *sentido de mundo*, uma vez reduzida a complexidade mediante o problema em um jogo dialógico, é possível produzir zonas consensuais. Não há nada de objetivo nisso, apenas de *intersubjetivo*. Essa construção – que, a rigor, é desvelamento tomado com *cuidado* e crítica – auxilia a legitimidade do sistema e a conseqüente integridade de suas decisões, para usar uma expressão de Dworkin. Mas não constitui um *ethos* corretivo. Ao contrário, representa um *ethos* que depende da estabilização seletiva de sentidos pelo sistema. É o sistema que irá “corrigir” o que não podemos construir em termos de *ethos* compartilhado. É a boa-fé que depende de um direito objetivo, e não o contrário. A aposta em um direito que dependa de uma boa-fé objetiva nos levará, como um cachorro que tenta morder o próprio rabo, de volta, justamente, à subjetividade. De volta àquilo que ela tentou superar. Dessa vez, todavia, não a suposta

subjetividade das partes em um negócio jurídico, mas da subjetividade do juiz. A velha e má discricionariedade judicial.

6. EPÍLOGO - O CARÁTER TRANSUBJETIVO DAS POSSIBILIDADES HETERORREFLEXIVAS DA BOA-FÉ

As possibilidades constitutivas da boa-fé no Direito não possui uma relação direta com a moralidade objetiva nem com qualquer forma cultural que se imponha em uma dimensão espiritual. Ademais, a intersubjetividade defendida no texto como uma possibilidade para a constituição da boa-fé não pode ser confundida com uma interação dialógica entre sujeitos presentes em uma determinada “arena” argumentativa. O diálogo heterorreflexivo pode, de fato, ser pensado em um horizonte de interação entre sujeitos presentes, especialmente quando ele está orientado a soluções consensuais, restaurativas ou, até mesmo, no âmbito de uma teoria hermenêutica da decisão (o foco da Hermenêutica Heterorreflexiva), mas a construção heterorreflexiva da boa-fé se dá no horizonte da comunicação entre ausentes, isto é, no plano da comunicação sistêmica e não no plano das interações sociais (entre sujeitos).

Embora a heterorreflexividade se apresente em termos fenomenológicos como um “jogo dialógico” entre sujeitos “presentes”, sua condição “privilegiada para a formação de um diálogo interdisciplinar” era ali ressaltada, “fato que só se torna possível porque assumimos o problema como o elemento que tematiza a formação da *rede*” (CARNEIRO, 2011, p. 253). Na constituição dos direitos, a complexidade assimilada pela comunicação jurídica exige que observemos o “jogo dialógico” no fluxo da comunicação da sociedade, muitas vezes por não ser possível identificar os “indivíduos” que se encontram por trás dos “sujeitos” e dos “sistemas sociais”. É nessa leitura institucional do “jogo dialógico contratextual” que serão reveladas as equivalências funcionais entre a racionalidade transversal defendida por Marcelo Neves (2013, p. XXII), a partir de Welsch, e a heterorreflexividade ali defendida a partir da noção de

“jogo”, em Gadamer (CARNEIRO, 2011).⁸⁴

As interações dialógicas de sujeitos presentes são representativas, mas não são capazes de construir em uma sociedade complexa o equivalente funcional daquela moral objetiva que sustentava pretensões de racionalidade prática da sociedade convencional. O nível sistêmico da comunicação social em suas formas jurídicas pode, todavia, cumprir essa função.

Foi possível observar que o recurso à boa-fé esteve relacionado à incapacidade de o Direito dar respostas adequadas a conflitos no âmbito privado. Por um lado, a impossibilidade de o sistema jurídico estatal prever todas as possibilidades para a sua aplicação, mesmo considerando as possibilidades negociais abertas por esse direito. Por outro, a busca por uma referência segura e legítima pra solucionar as lacunas e controlar as variáveis hermenêuticas que se apresentam. Para cumprir essas funções, uma vez desconstruídas as possibilidades convencionais de ancoragem na boa-fé enquanto moral objetiva, resta-nos a exploração da comunicação, que se objetiva transubjetivamente e se legitima heterorreflexivamente. E são muitos os sinais dessa exploração, embora as equivalências funcionais com a boa-fé objetiva aqui criticada não seja revelada nos estudos que tratam da autonomia de sistemas plurais que se autoconstituem e se conectam na rede da sociedade mundial⁸⁵.

Teubner, por exemplo, vem defendendo que o risco de

⁸⁴ CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e dos fundamentos da Constituição de direitos, 2018.

⁸⁵ “A hipótese da sociedade mundial não se destina a uma compreensão analítica (ou seja, não é deduzida de procedimentos conceituais) e tampouco deve ser interpretada como uma espécie de utopia. Em vez disso, ela afirma empiricamente a ocorrência de circunstâncias na história das sociedades que são singulares e dependentes de formas de interconectividade e interdependência mundial qualitativamente novas. Conectividade e interdependência são, portanto, conceitos-chave em uma teoria da sociedade mundial. A sociedade mundial baseia-se na conectividade global, mas isso não significa que tudo esteja conectado a tudo e que as dependências sejam onipresentes. A formação de estruturas da sociedade mundial é realizada por meio de conectividade seletiva e por meio de interrupções de dependência.” STICHWEH, Rudolf. A sociedade mundial, 2018.

autodestruição gerado pela expansão de determinados sistemas parciais da sociedade mundial levaria esses mesmos sistemas (o sistema financeiro internacional, por exemplo) a uma crise capaz de estimular, em seus âmbitos organizados, não apenas a formação de um direito convencional que se desenvolveria, na perspectiva de concepções monistas, amparadas pela concessão da liberdade outorgada pelos sistemas estatais. Mais além, a sociedade mundial produz em diferentes âmbitos parciais organizados a própria autoconstituição de Direitos Fundamentais voltados para a limitação de suas próprias pretensões expansivas. Nesses casos, Direitos Fundamentais não resultariam (apenas) de uma Constituição política estatal ou comunitária. Seriam produtos de uma “*autoconstitucionalização (Selbstkonstitutionalisierung)* de ordens globais”⁸⁶. Tais Direitos Fundamentais cumpririam, portanto, uma função equivalente àquela que é, muitas vezes, justificada na ideia de objetividade criticada no desenvolvimento de nosso texto.

As pretensões de objetividade que transcendem à ordem jurídica, tanto para a supressão de lacunas quanto para a orientação hermenêutica do direito estatal podem (e devem) ser buscadas na rede que conecta uma pluralidade de sistemas jurídicos. Isso implica uma conexão entre o sistema jurídico estatal - que administra o risco das soluções tomadas no âmbito da colisão do exercício de diferentes liberdades⁸⁷ - e diversos sistemas que se autoconstituem na sociedade mundial. Essa conexão pode ser mediada por Direitos Fundamentais constituídos em cada um desses sistemas ou, pelo menos, por aqueles existentes na Constituição política do Direito estatal, o que implica reconhecer nesse tipo de direito uma dupla função. Aquela que viabiliza a estruturação de expectativas do ambiente no sistema jurídico demandado (por exemplo, as expectativas da “economia mundial

⁸⁶ TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais, 2016.

⁸⁷ Sobre a relação entre decisão jurídica e risco, vide LADEUR, K.-H. Postmoderne Rechtstheorie, 1992.

do petróleo” em face do sistema jurídico estatal), bem como aquela que registra, em função de operações pretéritas, os limites de fundamentalidade que esse sistema tem assumido⁸⁸. Isso permite ao sistema jurídico estatal se conectar com outros sistemas parciais da sociedade mundial ou, inclusive, com sistemas jurídicos produzidos por essas operações parciais (por exemplo, o “direito global do petróleo”) e, ao mesmo tempo, se alimentar dos ganhos de racionalidade prática que esses sistemas já possuem, independentemente do sistema jurídico estatal. Uma decisão estatal (até mesmo judicial) sobre um determinado conflito (envolvendo, por exemplo, a interpretação de contratos entre empresas do setor de petróleo e um agente regulador estatal que gerencia o cumprimento desses contratos) jamais será uma afirmação adjudicatória do direito estatal. Esse direito jamais será capaz de controlar o sentido de operações que dependem de padrões internacionais (como, por exemplo, dos tipos de petróleo existentes e, por vezes, previstos em contratos). Todavia, a superação dessa lacuna e uma (pseudo)adjudicação hierárquica desse direito não se justificará em uma suposta moralidade objetiva, tampouco na “aplicação imediata” (sic!) de princípios jurídicos. Esses recursos apenas camuflam a superação de pontos cegos do Direito estatal mediante mecanismos normativos e epistêmicos que não são capazes de eliminar a discricionariedade da decisão tomada. A decisão tomada, por sua vez e muito provavelmente, se orientou por critérios de racionalidade que permanecerão no seu próprio ponto cego. Esses critérios de racionalidade podem e devem ser explicitados, mas o desenho adjudicatório e hierárquico que tomamos do Direito estatal não é capaz de estruturar essas conexões. O apelo a uma “boa-fé objetiva” é, muitas vezes, a alternativa rápida para uma fundamentação que explica, mas não justifica.

⁸⁸ Sobre essa dupla função dos direitos fundamentais como “eclusas do fluxo” de sentido entre sistema e ambiente, vide CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e dos fundamentos da Constituição de direitos, 2018.

Quando defendemos, portanto, uma construção heteror-reflexiva daquilo que denominamos “boa-fé intersubjetiva” estávamos tratando das possibilidades transubjetivas da comunicação dos sistemas sociais da sociedade mundial. Sistemas parciais dessa sociedade mundial produzem amplas reservas de racionalidade prática, mesmo quando suas operações não são capazes de auto-constituir um sistema jurídico pautado em Direitos Fundamentais (cuja possibilidade descrevemos acima a partir de Teubner). É essa forma de comunicação que se estrutura sob a forma de consenso/dissenso (a dimensão social da variação de sentido) e é, como descrevemos, estruturada no sistema jurídico estatal em hiperciclos reflexivos de suas camadas internas. A objetividade, portanto, não é da moral ou da “realidade”, mas sim da comunicação que reflete a si mesma em hiperciclos e produz parâmetros jurídicos para a solução de controvérsias, embora, todavia, não necessariamente estatais. Admitir isso não significa ampliar a insegurança jurídica, tampouco reduzir a relevância dos sistemas jurídicos estatais, mas tornar mais clara - e, com isso, orientar - a tomada de decisões, o que corrobora tanto com a segurança das relações jurídicas quanto com a legitimidade das decisões.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Proteção da boa-fé subjetiva*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, vol. 39, n. 126, junho de 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie*

- des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 1st edn Frankfurt, Suhrkamp, 1978.
- AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D.Reidel Publishing Company, 1987.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. *Os direitos fundamentais da Constituição e dos fundamentos da Constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global*, Revista Direito Mackenzie v. 12, n. 1, 2018.
- _____. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Judicialização das políticas públicas: limites reflexivos e a perspectiva da decisão*. In. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (org). *Direitos Humanos, justiça e trabalho: estudos em homenagem a um baiano internacional, o Prof. Dr. Wilson Alves de Souza*. Salvador: Dois de Julho, 2014.
- COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.
- _____. *La teoria egologica del derecho y El Concepto Jurídico de Libertad*. 2ª Ed.: Abeledo-. Perot. 1964.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003b. v. 1.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsin-terpreten in JZ*, 1975.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria*

- del discurso. Tradução Manuel Juménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001 (Coleção Estructuras y Procesos).
- _____. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. v. 1.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *Lógica: la pregunta por la verdad*. Trad. J. Alberto Ciria. Madrid: Alianza, 2004.
- _____. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte I. (Coleção Pensamento Humano).
- LADEUR, K.-H. *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.
- LAGO JÚNIOR, Antônio. *A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção*. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2013.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005. p. 492.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press. 1978.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- _____. *Entre Hidra e Hércules – princípios e regras*

- constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- _____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- PERELMAN, Chaïm. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. 1958.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Tradução de María Izabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>.
- _____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- STEIN, Ernildo. *Nas raízes da controvérsia*. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STICHWEH, Rudolf. *A sociedade mundial*. Disponível em: <https://blogdosociofilo.wordpress.com/2017/07/24/a-sociedade-mundial-por-rudolf-stichweh/>
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press 1958.

- VESTING, Thomas. *Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da Teoria dos Meios de Comunicação*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). [on-line]. Vol. 6, n. 1. São Leopoldo: Unisinos, 2014, jan-jun. Último acesso em 19/08/2014. Disponível em < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/478>>
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.