



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ARTHUR LUSTOSA STROZZI

**DA RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DA BOA-FÉ:
POR UMA BOA-FÉ INTERSUBJETIVA COM BASE NA
TEORIA DE AXEL HONNETH**

Londrina
2022

ARTHUR LUSTOSA STROZZI

**DA RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DA BOA-FÉ:
POR UMA BOA-FÉ INTERSUBJETIVA COM BASE NA
TEORIA DE AXEL HONNETH**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

Londrina
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

S926d Strozzi, Arthur Lustosa.

Da reconstrução normativa da boa-fé : por uma boa-fé intersubjetiva com base na teoria de Axel Honneth / Arthur Lustosa Strozzi. - Londrina, 2022.
145 f. : il.

Orientador: Clodomiro José Bannwart Junior.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.
Inclui bibliografia.

1. Axel Honneth. - Tese. 2. Boa-fé. - Tese. 3. Eticidade. - Tese. 4. Intersubjetividade. - Tese. I. Bannwart Junior, Clodomiro José. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

ARTHUR LUSTOSA STROZZI

**DA RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DA BOA-FÉ:
POR UMA BOA-FÉ INTERSUBJETIVA COM BASE NA
TEORIA DE AXEL HONNETH**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart
Júnior
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Ricardo Lebbos Favoretto
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Londrina, 31 de janeiro de 2022

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos, em uma dissertação, são facultativos, mas a construção desse trabalho é fruto de uma vida. Portanto, não é uma dissertação feita por mim, mas sim por inúmeras pessoas que foram e são fundamentais. Dedico esta dissertação, como um preito de gratidão eterna, a quem me permite sonhar e fazer:

Agradeço à minha família, em especial, ao meu avô, Pompilio, que, sempre me ensinou valores fundamentais. Por ser a minha inspiração de vida, como advogado e agora professor; por garantir que não falem exemplos de justiça, honestidade e solidariedade em nosso dia a dia. Aos meus pais, Valter e Regina, que lutaram incansavelmente para me fornecer todos os privilégios que tive, por uma educação de qualidade, por uma infância vivida e por todo o afeto prestado. Ao meu irmão, André, que sempre foi um grande companheiro e amigo, que plantou o sonho de um dia eu estudar na Universidade Estadual de Londrina.

À minha melhor amiga e companheira de vida, Mariana, pelo incentivo diário e por absolutamente tudo que você fez e faz por mim. Você mudou a minha vida e serei eternamente grato à Ele por ter cruzados os nossos caminhos.

Ao meu orientador, Professor Dr. Clodomiro José Bannwart Junior, pela trajetória de mestrado que se materializa nesta dissertação. Pelo zelo na orientação dos trabalhos e pelos infinitos ensinamentos não somente acadêmicos, mas de vida. Sem o que não teria conseguido construir a base teórica necessária para o desenvolvimento de qualquer raciocínio jurídico e filosófico.

Ao Professor Dr. Elve Miguel Cenci, pelas atentas observações durante o exame de qualificação, bem como por todo o trabalho desempenhado frente ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Ao Professor Dr. Ricardo Lebbos Favoreto, que oportunizou, durante o período de cumprimento dos créditos, a realização de sua disciplina no Mestrado de Administração, fato que me permitiu um maior aprofundamento em determinadas obras fundamentais para a construção deste trabalho. Ao Professor Dr. Sérgio Alves Gomes, pela oportunidade de haver estagiado com o senhor.

Agradeço ao Chico, sempre zeloso e ativo, ajudando não somente à minha pessoa, mas todos que se envolvem neste Programa de Pós-Graduação.

Aos amigos que me foram pela vida apresentados. Ao Eduardo Calixto, Vitor Garnica, André Kasemirski, Ariella Motter, Patrícia Grecco e Luiz

Gustavo Martins que tornaram esse período marcante para o resto de minha vida.
Sem vocês, o Mestrado teria sido incompleto.

À CAPES, pelo financiamento desta pesquisa.

A Deus.

“O nexo existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau da autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento.”
(Axel Honneth)

STROZZI, Arthur Lustosa. **Da reconstrução normativa da boa-fé:** por uma boa-fé intersubjetiva com base na teoria de Axel Honneth. 2022. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

RESUMO

A pesquisa pretende introduzir a reflexão sobre a necessidade de uma releitura do princípio da boa-fé em face das restrições que o conceito lhe impõe. Para tanto, realiza a demarcação de referenciais teóricos, em especial, o Código Civil de 2002 e a sua matriz da eticidade. À luz da tese proposta por Axel Honneth, filósofo pertencente à vertente intelectual da Teoria Crítica alemã, o trabalho enfrenta o modelo estabelecido no Código Civil de 2002 e propõe uma reavaliação da base teórica de Miguel Reale sobre o conceito de eticidade. Utilizando-se do método reconstrutivo, em especial, a “reconstrução normativa” honnethiana, concluiu-se, como resultado, sobre a necessidade da reconfiguração da liberdade jurídica exercida, entre outras formas, através do princípio da boa-fé, para uma liberdade social, tendo em vista que a primeira só serve para distanciar-se ou fechar-se perante às exigências ligadas às relações sociais preexistentes, sendo incapaz de criar uma realidade intersubjetivamente compartilhada no interior do mundo social.

Palavras-chave: Axel Honneth; boa-fé; eticidade; intersubjetividade; reconstrução normativa.

STROZZI, Arthur Lustosa. **Normative reconstruction of good faith**: for an intersubjective good faith based on Axel Honneth`s theory. 2022. 145 p. Dissertation (Master Degree in Negocial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

ABSTRACT

This research intends to bring reflection about the need for a reinterpretation of the principle of good faith in the face of limitation that the concept imposes on it. To accomplish this task, performs the demarcation of theoretical references of Civil Code of 2002 and its matrix ethics. According to the thesis by Axel Honneth, a philosopher belonging to the German Critical Theory field, the work faces the model defined in the Civil Code of 2002 and proposes to review the theoretical basis of Miguel Reale concept of ethics. Using the reconstructive method, in particular, the Honnethian “normative reconstruction”, it was concluded, as a result, on the need to reconfigure the legal freedom exercised, among other ways, through the principle of good faith, for a social freedom , considering that the former only serves to distance or close oneself in the face of the demands linked to preexisting social relations, being unable to create an intersubjectively shared reality within the social world.

Keywords: Axel Honneth; ethics; good faith; intersubjectivity; normative reconstruction.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Lista de Summers	71
--	-----------

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	REFERENCIAL TEÓRICO: O DIREITO, O DIREITO CIVIL E O CÓDIGO CIVIL	16
2.1	O DIREITO COMO FENÔMENO SOCIAL: BREVES NOÇÕES SOBRE O DIREITO	16
2.1.1	Clássicas Diferenciações: Direito Objetivo E Direito Subjetivo, Direito Público E Direito Privado	22
2.2	O DIREITO CIVIL E O CÓDIGO CIVIL DE 2002: A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO	32
2.2.1	O Direito Civil: Muito Além Do Código	33
2.2.2	O Código Civil Brasileiro: A História E O Presente	37
3	DA ETICIDADE E DA BOA-FÉ: O PRINCÍPIO NORTEADOR E A SUA CONCRETIZAÇÃO	58
3.1	A ETICIDADE COMO PARADIGMA: UMA BREVE LEITURA SOBRE A ÉTICA	59
3.2	DA BOA-FÉ: A CONCRETIZAÇÃO DA ETICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	67
4	POR UM NOVO PARADIGMA: A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DA BOA-FÉ.	98
4.1	O QUE É TEORIA CRÍTICA?	99
4.2	A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DA BOA-FÉ: POR UMA BOA-FÉ INTERSUBJETIVA	112
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
	REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

Reconstruir normativamente um conceito que é proveniente do Direito Romano é um trabalho desafiador. Estabelecer a discussão sobre uma temática que toque em pontos comuns do direito civil e das instituições com a ética é o caminho que se traçará no presente trabalho.

Vivenciamos uma sociedade plural, complexa, que traduz a magnitude do dinamismo das relações negociais na *estandardização* dos contratos. Atualmente, dificilmente se reconhece no outro sujeito transacional a figura do polo oposto do contrato. Por tal motivo, é preciso construirmos, com reflexões ponderadas e entrelaçadas conjuntamente, o Direito Contratual no mundo contemporâneo. E esse *locus* na contemporaneidade demanda que evoluíssemos a sistemática clássica existente para cuidarmos das relações contratuais a partir de uma gênese constitucional, partindo-se dos valores apregoados pela Constituição Federal, em especial com foco na filosofia humanista, decorrente da afirmação da dignidade da pessoa humana (art. 1º), da solidariedade social e erradicação da pobreza (art. 3º) e da igualdade substancial e da liberdade (art. 5º).

A base de toda a estrutura desse trabalho está firmada sob o prisma da boa-fé, cujo pano de fundo, sem dúvida, é o valor da solidariedade constitucional. Como base do trabalho, tem-se no primeiro capítulo o referencial teórico, que perpassa e posiciona conceitos fundamentais para o desenvolvimento da leitura, tais como, o Direito, o Direito Civil, o Código Civil e as clássicas dicotomias existentes entre o direito público e direito privado, bem como o direito subjetivo e direito objetivo. Propugnando por uma compreensão constitucionalizada das relações privadas, entabula-se como fundamento inexorável do estudo as matrizes estabelecidas no Código Civil de 2002: a socialidade, a operabilidade e a eticidade.

Em seguida, tratamos da eticidade em espécie, submetendo a incidência da matriz ao princípio da boa-fé. O objetivo não é trabalhar com interpretações literais ou repetições expressas do texto legal, mas sim estudar a historicidade do princípio e a sua positivação no contexto das sociedades ocidentais contemporâneas.

E por fim, no quarto capítulo, utilizando-se do método da reconstrução normativa proposto por Axel Honneth, há o entendimento de que as esferas de valor da modernidade podem ser reconstruídas a partir de uma combinação determinada de reconhecimento recíproco e autorrealização individual. O objetivo é demonstrar

que a superinstitucionalização da eticidade representa um limite para pensar o momento presente, ao passo que se faz necessário reconstruir as esferas sociais de valor da contemporaneidade.

O trabalho filia-se à linha de pesquisa *Estado Contemporâneo: relações empresariais e relação internacionais*, em razão da reflexão sobre a intervenção do Estado nos negócios jurídicos. A boa-fé, como valor e norma, integra o regime jurídico que enaltece a eticidade como paradigma, no intuito de garantir o direito à livre iniciativa, desde que se valorize o trabalho humano, a livre concorrência, o meio ambiente, o consumidor, o desenvolvimento da federação de modo equilibrado, os caminhos para o pleno emprego e o fomento às empresas de pequeno porte. Duas questões de reflexão situadas no trabalho são: É possível garantir a boa-fé em agentes econômicos, indivíduos ou empresas, que sequer se reconhecem como partícipes do jogo? Será que há plena liberdade contratual no exercício da liberdade jurídica?

Por sua vez, o trabalho se vincula categoricamente ao projeto de pesquisa *A Dimensão jurídica no contexto da reabilitação da razão prática em Habermas*, por discutir aspectos normativos da razão prática, em especial, ética e direito, implicados na atividade empresarial, tendo como base o Estado Democrático de Direito. O estudo discute a normatividade com base na teoria crítica de Axel Honneth, discípulo e aluno de Jürgen Habermas, e persegue o propósito da reconstrução normativa da boa-fé. Ao final, verificar-se-á a necessária implementação de uma “eticidade democrática” que considera o fato de que só haverá democracia onde efetivamente se pratiquem os princípios de liberdades institucionalizados nas diferentes esferas de ação e onde esses princípios estejam sedimentados em práticas e costumes.

Por reconstrução normativa entende-se o procedimento que busca transpor em termos de teoria social os propósitos normativos de uma teoria da justiça, de tal maneira que ele toma diretamente os valores justificados de maneira imanente como fio condutor da preparação e da seleção do material empírico: as instituições e práticas dadas são apresentadas e analisadas em sequência segundo seus desempenhos normativos, na medida em que são de importância para a corporificação e a efetivação dos valores legitimados socialmente. Ou seja, é retirar da massa das rotinas e disposições sociais os fundamentos dos valores aceitos.

A partir dessas considerações iniciais, a hipótese do trabalho é de que as expectativas de comportamento nas sociedades modernas representam contornos

vagos, de tal maneira que seu teor prescritivo se torna sempre menos claro; muitas das interpretações e negociações individuais podem valer como legítimo algo que há cinquenta anos teria sido visto como socialmente impensável. Da mesma forma, os membros dessas sociedades continuam em posição de traçar linhas de demarcação claras entre os diferentes sistemas de ação e a distinguir suas estruturas normativas umas das outras.

O resultado geral do diagnóstico permite o acesso à gramática moral dos membros da sociedade à qual pode se vincular, por sua vez, uma reconstrução normativa que coloca a tarefa de liberar em toda a sua extensão as esferas de ação garantidoras de liberdade. Com isso, a reconstrução normativa da boa-fé passará a se conduzir das premissas esboçadas, em que a liberdade individual só alcança efetividade vivida e socialmente experimentável em complexos institucionais com comprometimentos de papéis complementares, ao passo que, nas esferas institucionalizadas do direito e da moral que lhe são previstas, ela possui apenas caráter de mero distanciamento ou de exame reflexivo.

O dever de cooperação e de integridade, imbricados à boa-fé, são fragilizados se não identificarmos instituições da modernidade que encarnam a capacidade de reciprocidade, de reconhecimento e de construção conjunta e coletiva entre os indivíduos.

O intuito é transpor a limitação da boa-fé através do método da reconstrução normativa, para completar uma estrutura meramente privatista, utilizando-se da comunicação e do reconhecimento. Para isso, faz-se necessário implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade.

Para ser possível perfazer a efetividade da liberdade nas relações sociais no mundo contemporâneo, é preciso realizar uma reconstrução das esferas de ação nas quais os comprometimentos de papéis mutuamente complementares cuidam para que os sujeitos possam reconhecer nas livres atividades de seus parceiros de cooperação a condição para a efetivação de seus próprios fins: eis a importância de repensar a boa-fé além das esferas institucionalizadas do direito.

2 REFERENCIAL TEÓRICO: O DIREITO, O DIREITO CIVIL E O CÓDIGO CIVIL

Na tentativa de reconstruir normativamente um princípio clássico presente no Direito, faz-se necessária uma retomada histórica sobre o próprio Direito, o Direito Civil e o Código Civil.

Por mais que o objetivo do trabalho seja analisar e problematizar de forma concreta o instituto da boa-fé, é nítido que temas tão caros na construção teórica precisam ser revisitados. Nesse intuito, delimitar-se-ão os marcos referenciais que serão tomados por base para essa reconstrução.

Com essa finalidade, apresentamos os principais pontos e marcos teóricos que constituem a primeira análise temática: (1) noções conceituais sobre o Direito, desde suas acepções, a divisão entre o público e o privado, bem como o direito objetivo e subjetivo; e (2) o Direito Civil e o Código Civil de 2002, seus paradigmas e valores existentes dentro da codificação brasileira.

2.1.1 O DIREITO COMO FENÔMENO SOCIAL: BREVES NOÇÕES SOBRE O DIREITO

Um grande desafio do pesquisador é delimitar, em poucas linhas, o que é algo que perpassa séculos, no nosso caso: o Direito. Inobstante, é de demasiada importância – e utilidade – aos civilistas a conceituação do Direito, como forma de compreender o pressuposto elementar da própria existência do Direito Civil.

Não se trata, como bem aponta Lourival Vilanova (1947, p. 28- 29), de formular uma definição nominal do direito, consistente no que uma palavra significa, a definição que se deve buscar é a real, que constitui em dizer o que uma coisa é. Sabe-se que conceito é um esquema prévio, um ponto de vista já posto, que despreza setores e somente fixa aquele que acaba correspondendo o ideal delineado pelo conceito.

Soma-se ao fato que o estudo do Direito “jamais consegue se despir do que é inerente à condição humana: um estar no mundo limitado pelo tempo, lugar e demais circunstâncias naturais e culturais” (GOMES, 2008, p. 166). Logo, para que seja possível analisar o que é o Direito torna-se imprescindível inaugurar o estudo a partir do seguinte ponto: o indivíduo está sempre inserido em determinado tempo e em determinado espaço de acordo com certas circunstâncias que ele se desenvolve. Entender o Direito é vê-lo como um fenômeno social e humano em constante

evolução, um processo vivo, incompleto, itinerante, cuja compreensão é intrínseca a sua reprodução ao longo da história.

Por tal motivo, o Direito exprime a ideia de adaptação social, flexionado na interação e pacificações das relações dos indivíduos com o meio em que vive (mundo cultural). Lourival Vilanova aponta que um conceito, para se tornar universal precisa se abstrair de todo conteúdo, afastando-se, dessa maneira, o conteúdo que é variável, heterogêneo, acidental, para buscar as essências, que são permanentes e homogêneas (1947, p. 64). Como conceituar algo que não é unânime? Ou melhor: ante a multiplicidade do que é o Direito, qual é a sua nota comum, a essência que se encontra em toda a multiplicidade? Existe algo homogêneo no que é o Direito? Para isso, menciona-se que a variar com a escolha do ponto de observação (ciência), o Direito será uma coisa, pois “a escolha da perspectiva em que se vai conhecer está condicionada pelo sistema de referência daquele que conhece o direito, pressupondo uma reflexão sobre as finalidades da ordem jurídica” (DINIZ, 2009, p. 5).

Para entender o Direito é preciso entender que ele é um fenômeno humano, portanto, percebe-se que o Direito só existe em função do homem. O homem é ser gregário, um ser eminentemente social, que, por força da sua inteligência, demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir os seus objetivos.

Na Antiguidade, Platão ao tratar da noção de virtude/excelência (*arete*), advoga que o desenvolvimento das virtudes é essencial para a felicidade. Dessa forma, é necessária a reformulação da estrutura educativa da *polis*, na *República*, depois em termos de leis bem escritas e bem aplicadas, como meio de formação de bons cidadãos para a direção da cidade, nas *Leis*. Em uma sociedade real, as leis devem proporcionar uma educação cidadã através de sua boa aplicação pelos legisladores. No caso do indivíduo, as virtudes desenvolvem o bom caráter e a racionalidade deve direcionar as ações, assim a pessoa se autogoverna pelos preceitos da racionalidade, sendo que a cidade se apresenta como:

Uma cidade tem a sua origem, segundo creio, no facto de cada um de nós não ser auto-suficiente, mas sim necessitado de muita coisa. [...] Assim, portanto, um homem toma outro para sua necessidade, e outro ainda para outra, e, como precisam de muita coisa, reúnem numa só habitação companheiros e ajudantes. A essa associação pusemos o nome de cidade. (PLATÃO, 1996, p. 72-73).

O homem é um ser dotado de múltiplas possibilidades: “a filosofia surge da impotência e do desconcerto, da surpresa e do espanto que desperta em nós a experiência de que o âmbito do possível é mais vasto do que o da necessidade” (INNERARITY, 1996, p. 25). Como um indivíduo vive em constante perigo, em razão de sua própria natureza, ele precisa viver em sociedade para que as múltiplas possibilidades se realizem. Aristóteles (1997, p. 1.253), ao dizer que “o homem é por natureza um animal social”, indica que é um impulso de todos participarem da comunidade, pois “o homem, quando perfeito, é o melhor dos animais, mas é também o pior de todos quando afastado da lei e da justiça”. (ARISTOTÉLES, 1997, p. 1.253).

Os temas do reconhecimento e da intersubjetividade serão devidamente analisados no presente trabalho, inobstante, pode-se afirmar, desde já, que a experiência histórica indica a irrecusável necessidade humana do convívio com os seus pares. Bem aponta Sérgio Alves Gomes (2008, p. 76-77):

Quando se pensa no homem como um ser de possibilidades não se pretende afirmar que ele seja capaz de tudo fazer segundo seus desejos. Na ideia de possibilidade já se encontra implícita a limitação humana em todos os sentidos. Assim também, ao pensar que o homem nunca é um sujeito concluído, pleno, perfeito e que por isso cabe-lhe modelar a si mesmo ao longo da vida, não se pretende dizer que o que nele existe seja dependido somente de seu exclusivo querer. [...] Se o homem, conforme já considerado, é um ser de múltiplas dimensões, somente no âmbito da sociedade consegue percebê-las em suas conexões e desenvolvê-las harmonicamente.

Por tal virtude, os indivíduos estabelecem relações¹ de coordenação², subordinação, integração e delimitação; tais relações não se dão sem o concomitante aparecimento de normas de organização de conduta social.

É na ambientação da íntima interação entre o fenômeno jurídico e o fenômeno social que se há de pensar na conceituação do Direito. O direito existe para disciplinar e pacificar a vida em sociedade e, ao mesmo tempo, tem de espelhar as necessidades do contexto social que está inserido, isto é, trata-se da normatização da conduta humana, que visa garantir a vida em sociedade. À luz de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1989, p. 33-34):

O direito é muito difícil de ser definido com rigor. De uma parte consiste em um grande número de símbolos e ideias reciprocamente incompatíveis, o que o homem percebe quando se vê envolvido num processo judicial: por mais que ele esteja seguro dos seus direitos, a presença de outro, contestando-o, cria-lhe uma certa angústia que desorganizada a sua tranquilidade. De outra parte, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, posto que admite um cenário comum em que as mais diversas aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem.

O Direito não é algo estável e eterno, mas algo transmutável, os valores do Direito não são criados na metafísica, representam, na realidade, a expressão da vontade social, deve, nesse sentido, se adaptar aos avanços da sociedade. Esses são os motivos que levam a Jürgen Habermas (2020) a tratar sobre as tensões existentes

¹ Sobre as relações sociais, ensina-nos André Franco Montoro (1973, p. 363-364): “As relações sociais podem apresentar-se sob diferentes modalidades: 1ª) *relações de integração* ou sociabilidade por fusão parcial – nas quais podemos encontrar três graus ou tipos de relacionamento: a ‘massa’, que é a modalidade mais fraca de integração, em que se opera apenas uma fusão superficial das consciências individuais, como no caso da ‘massa’ dos consumidores, dos desempregados, dos pedestres, unidos apenas pela consciência de afinidade de sua situação; a ‘comunidade’, correspondente ao grau médio de integração ou fusão de consciência, é a forma mais equilibrada, difundida e estável da sociabilidade por integração, tal como ocorre nas organizações sindicais associações, clubes, famílias, partidos etc.; a ‘comunhão’, que representa o grau mais intenso de integração das consciências individuais, em um ‘nós’ coletivo, é o tipo que se realiza em raros momentos de entusiasmo ou vibração coletivos, como nos períodos de crise ou reivindicações mais sentidas de uma coletividade; 2ª) de *delimitação* ou sociabilidade por oposição parcial. As de integração caracterizam-se pelo aparecimento de um ‘nós’ enquanto que as delimitação implicam a existência de um ‘eu’, ‘tu’, ‘ele’ etc. São sempre relações com outros – quer individuais, quer intergrupais – e apresentam-se sob três modalidades: de ‘aproximação’, como as decorrentes da amizade, da atração sexual, da curiosidade, das doações etc.; de ‘separação’, como as lutas de classes, os conflitos entre consumidores e produtores, entre nações e cidades; de ‘estrutura mista’, que envolvem elementos de aproximação e de separação, como as trocas, contratos etc.”

² Para Goffredo Telles Júnior (1972, p. 237 *apud* DINIZ, 2009, p. 7) as relações de coordenação “existem entre partes que se tratam de igual para igual, ex.: compra e venda; e as de subordinação são as que uma das partes é sociedade política, exercendo sua função de mando. Ex.: convocação das eleições – a relação entre União, Estados e Municípios e contribuintes de imposto”.

entre “facticidade” e “validade”, entre a realidade e normatividade, entre práticas sociais historicamente vivenciadas e leis jurídicas politicamente implementadas, entre mundo da vida e sistema. Na contemporaneidade, fatos históricos são constantemente repensados e reconstruídos normativamente com auxílio da Lei, o que interfere no cotidiano dos indivíduos. O direito, na função integradora, regulamenta os excessos da economia e do poder, instrumentalizando-se para ordenar o que os mecanismos de integração sistêmica já não conseguem mais regulamentar e controlar (FREITAG, 2005, p. 190-196).

De forma etimológica, a palavra se origina do latim *directum*, parte do verbo *dirigere* – *di* e *regere*: reger, governar -, “linha reta, direta, consoante as regras traçadas para a convivência” (AMARAL, 2003, p. 4). Aquilo que é retilíneo, inobstante, é necessário, apesar de ser algo mutável, transitório, adaptável aos avanços sociais, trazer à luz algumas conceituações do que é o Direito.

Para Rubens Limongi França (1996, p. 6-7) o Direito se trata do “conjunto de regras sociais que disciplinam as obrigações e poderes referentes à questão do meu e do seu, sancionadas pela força do Estado e dos grupos intermediários”. Em caso de inobservância das mencionadas regras, a reprovação social e a sanção jurídica ascendem. Sílvio Rodrigues (2002, p. 6) conceitua o Direito tendo por base o seu sentido social, nos termos: “o direito é a norma das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos”.

Para Francisco Amaral o direito é fruto de um processo histórico, cultural e dialético, sendo caracterizado como uma técnica de solução de conflitos de interesses e, de forma simultânea, um conjunto sistêmico de normas de aplicação relativamente contínua aos problemas da sociedade, fundamentando-se e legitimando-se por determinados valores sociais. (AMARAL, 2003, p. 4).

Niklas Luhmann, à guisa da teoria social, apresenta o direito como um mecanismo regulador a serviço secundário³ da adaptação da sociedade a seu ambiente; o direito sustenta e confirma uma sociedade que é descrita de fora como adaptada e que só tem de se haver com conflitos internos, dos quais ou se pode fazer pouco, de um ponto de vista moral-conformista, ou afirmá-los como estrutura a partir

³ Secundário, pois, na visão do autor, a própria sociedade, precisamente, pelos preços de mercado, pelas consultas democráticas, pelas investigações empíricas, por si só, já garante a adaptação a seu ambiente.

da perspectiva da teoria crítica das classes. (LUHMANN, 2016, p. 744-745). O sistema do direito opera na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade.

Maria Helena Diniz diz que o direito é “o conjunto de normas, estabelecidas pelo poder político, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época”. (DINIZ, 2009, p. 8). Trata-se de mero caráter normativo, motivo pelo qual outros dois elementos - fato e valor -, aparecem e acabam por coexistir numa unidade concreta. Para o Direito Civil, por exemplo, é nítida a tarefa de interpretação das normas civilistas, entretanto, é imprescindível estudá-las observando a realidade social subjacente (fato) e ao valor, que confere sentido ao primeiro elemento (fato), em busca de uma finalidade social através da regulação da ação humana.

A vida humana concretiza-se por meio da convivência. É dentro do convívio social, orientado pelos valores que o indivíduo se empenha por realizar. É no âmbito fático das relações que atos de competição, de cooperação ou de indiferença se realizam. Sem a articulação entre os três elementos (fatos, valores e normas) surgem reducionismos que consideram o Direito apenas por uma de suas dimensões. Bem ensina Sérgio Alves Gomes (2011, p. 209):

Os resultados destas perspectivas unilaterais empobrecem as possibilidades de compreensão do Direito em suas conexões mais profundas com o ser humano. Este só encontra sentido para viver quando percebe as possibilidades que a vida lhe propicia para vivenciar valores que se mostrem realizadores de seu próprio ser. E quando tal percepção se dá no âmbito da sociedade, então pode-se falar que aí, existe uma comunhão de sentido, um compartilhar da vivência de valores que orientam a convivência. Orientar a convivência significa apontar direção e caminhos que conduzam a objetivos assumidos como metas realizadoras de valores a serem alcançadas por todos os participantes do referido convívio.

A teoria tridimensional, concebida por Miguel Reale, possibilita uma compreensão humanista do direito, busca-se concretizar valores que dão sentido à vida individual e coletiva, nesse sentido, elaboram-se normas com características específicas que as qualificam como normas jurídicas (nomogênese), que, em seu conjunto ordenado, compõem aquilo que se denominou de ordenamento jurídico. A interdependência dos indivíduos e a natural necessidade de convivência permite que valores fundamentais possam coexistir e serem compartilhados. Reale explicita, de forma didática, a estrutura tridimensional do direito:

Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova sobretudo pela demonstração de que:

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.): um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;

b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. (REALE, 1996, p. 65).

A concepção tridimensional do Direito é a “ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores”. (REALE, 1996, p. 67). Assim, o Direito forma-se por contínuas interações de valor que incidem sobre uma base de fato. (REALE, 1994, p. 124). A Teoria Tridimensional do Direito desloca a pessoa humana para o centro das preocupações jurídicas, sobretudo, pelo valor ser fonte dos demais valores e por isso se apresenta como uma das variadas constantes axiológicas.

É por isso a necessidade de o direito se articular, particularmente o civil, com as demais ciências sociais, de modo a compreender melhor o que realmente seja o direito privado. O recurso às ciências sociais permite, ainda, inserir o direito (civil), que é um direito de formação histórica e jurisprudencial, em perspectiva global,

Cumprindo ao hermenêuta, dentro de uma atitude intencional, compreender, de forma teórica, as normas estabelecidas pelo poder político, dentro de um conjunto de valores, que devem ser captados e atualizados, em razão do fato social que lhe é subjacente. Dessa forma, o direito pode ser visto como uma ordenação heterônoma do convívio, baseada na integração normativa de fatos e valores.

2.1.2. CLÁSSICAS DIFERENCIAÇÕES: DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO, DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Para se compreender o Direito, de forma mínima, faz-se necessária a apresentação das clássicas distinções estabelecidas ao longo da história. A começar entre o direito objetivo e o direito subjetivo.

A diferenciação afigura-se extremamente relevante, posto que os polos correspondem a aspectos indissociáveis, como destaca Caio Mário da Silva Pereira: “direito subjetivo e direito objetivo são aspectos de um conceito único, compreendendo a *facultas* e a norma os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico”. (PEREIRA, 2004, p. 14).

O direito subjetivo não teve nascimento no direito romano, mas sim da filosofia escolástica franciscana, com Guilherme de Ockham e sua filosofia nominalista⁴. O direito subjetivo passou a ser engendrado como poder sobre as coisas (*ius in rem*), e não a participação efetiva na distribuição das coisas feitas por um poder imposto pela norma objetiva.

Jean Carbonnier (1960, p. 105) diz que o direito objetivo nos permite agir porque temos o direito subjetivo de fazê-lo. O direito objetivo pode ser visto como o conjunto de normas – regras e princípios – estabelecidos dentro de uma ordem que é imposta a todos, pelo simples fato de terem sido valoradas juridicamente como relevantes. É a norma de agir, a conduta social-padrão regulamentada (*norma agendí*). Por sua vez, o direito subjetivo garante o poder de direito. Uma faculdade de titularizar uma determinada relação jurídica (*facultas agendí*), sendo inerente à pessoa, que pode exercitá-lo dentro de um espaço temporal, a depender da sua vontade, isto é, diz respeito ao poder que o titular de um direito tem de exercê-lo de forma individual. De forma exemplificativa, José de Oliveira Ascensão ilustra:

Confrontemos as expressões “Direito das Sucessões” e “direito de suceder”. É nítido que se utiliza a palavra “direito” em sentido diversos, se bem que relacionados. O Direito das Sucessões é uma realidade objetiva: está-se mais perto da ideia de uma ordenação da vida social. Pelo contrário, o direito de suceder é uma realidade subjetiva; refere-se necessariamente a um sujeito dado para significar que ele goza de uma certa posição favorável. A distinção torna-se muito clara se perguntarmos qual o ponto de vista de um sujeito perante aquelas realidades. Pode-se dizer que Joaquim tem direito de suceder a Jerônimo, mas não que Joaquim tem o Direito das Sucessões. [...] O Direito das Sucessões é uma realidade que não se encerra na titularidade de ninguém; não é subjetiva. (ASCENSÃO, 1995, p. 36).

⁴ “A realidade é essencialmente individual. Os universais são nomes, não uma realidade, nem algo com fundamento na realidade”. (REALE; ANTISERI, 2003, p. 300).

Logo, o direito objetivo traz à tona o conjunto das regras normativas que disciplinam um determinado ordenamento jurídico; o direito subjetivo, por sua vez, diz respeito ao poder de exigir ou de pretender de alguém um comportamento específico. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ilustram a diferenciação da seguinte forma:

O art. 1.228 do Código Civil, ao estabelecer que o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, assim como de reavê-los de quem injustamente os possua ou detenha, cria para o dono de uma casa na Praia do Forte, no vasto litoral baiano, o direito subjetivo de vendê-la ou alugá-la, como bem entender. É verdadeiro direito subjetivo. Por outro lado, o art. 186 da Lei Civil, estabelecendo que o dano causado a outrem por ato voluntário, negligente ou imprudente deve ser reparado, prevê uma norma de coexistência social, ou seja, evidencia o direito objetivo. Na mesma hipótese, ainda, observando que alguém foi vítima de prejuízo causado por terceiro, detecta-se o direito subjetivo que é reconhecido ao ofendido de ser indenizado pelo dano sofrido. (DE FARIAS, ROSENVALD, 2014, p. 33).

Para Goffredo Telles Júnior, o direito subjetivo traduz-se na permissão concedida por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer algo, para ter ou não ter alguma coisa, ou, ainda, a autorização para exigir, através do devido processo legal, o cumprimento da norma infringida ou a reparação pelo ato ilícito sofrido. (TELLES JÚNIOR, 1981, p. 298). Logo, o direito subjetivo é subjetivo por ser uma faculdade dos indivíduos que o possuem exercê-lo ou não (*facultas agendi*). Designa um poder que o sujeito “tem de agir e de exigir de outrem determinado comportamento” (AMARAL, 2018, p. 287).

Para Francisco Amaral, o direito subjetivo é categoria fundamental do direito, apresentando duas vertentes: (i) a técnica; e (ii) a ética. A primeira trata-se de uma categoria técnico-jurídica ou metodológica que permite ao jurista e ao prático do direito atuarem com economia, clareza e rapidez no processo de realização do direito; por sua vez, a segunda vertente representa as funções que o direito subjetivo desempenha, tanto na defesa das liberdades públicas ou direitos fundamentais, sob a forma de direitos subjetivos públicos nas relações entre o Estado e os cidadãos, quanto na realização dos interesses da pessoa na órbita de suas relações particulares (AMARAL, 2018, p. 288).

Pode-se dizer, portanto, de forma sintética, que o direito subjetivo concretiza a liberdade do indivíduo, traduzido no poder de agir, na busca de seus interesses, no limite da lei, constituindo-se, juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico.

Para finalizar o sintético estudo sobre direito objetivo e subjetivo, faz-se mister destacar três teorias sobre a natureza do direito subjetivo: (i) a da *vontade*, de Savigny e Windscheid, expoentes da Escola Psicológica; (ii) a do *interesse*, de Ihering; e (iii) a *mista* ou *eclética*, de Jellinek, Saleilles, Michoud, Ruggiero, Geny e Enneccerus.

A teoria da vontade entende que o direito subjetivo indica o comando da vontade reconhecido pela ordem jurídica (WINDSCHEID, 1902, p. 80; SAVIGNY, § 14 *apud* DINIZ, 2009, p. 12)⁵. Foi criticada por não abranger os direitos que existem mesmo sem a vontade do seu titular – o caso dos incapazes, do nascituro, as pessoas jurídicas etc. -, além disso, existem casos que há uma vontade real, porém o ordenamento jurídico não tutela propriamente a vontade do titular, mas, sim, o seu direito.

A teoria do interesse enxerga o direito subjetivo como o interesse juridicamente tutelado por meio de uma ação judicial (IHERING, § 70 e s. *apud* DINIZ, 2009, p. 12). Contudo, existem interesses que são assegurados por lei que não constituem direitos subjetivos. Quando se diz que direito subjetivo é um interesse, está-se dizendo que o direito subjetivo se traduz em um bem material ou imaterial que interessa, mas os bens não são constituidores do direito subjetivo, são objetos em razão dos quais o direito subjetivo existe.

E, por fim, a teoria mista entende que o direito subjetivo é o poder da vontade reconhecido e protegido pelo Estado, através do ordenamento jurídico, possuindo como objeto um interesse ou bem. A referida teoria deve ser refutada, pois abrange elementos criticados pelas duas primeiras teorias.

Portanto, pode-se dizer que o direito subjetivo e o direito objetivo são interdependentes, mas inconfundíveis: o direito objetivo sempre será um conjunto de normas imperativas ao comportamento humano, autorizando-o a faculdade de agir ou não agir, encontrando-se externo ao indivíduo, indica-lhe o caminho a seguir,

⁵ “Considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos parece como un poder del individuo. En los limites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad o llamamos nuestros derecho, y algunos derechos en su sentido subjetivo” (SAVIGNY, 1878, p. 5).

prescrevendo uma sanção em caso de violação de norma jurídica; por sua vez, o direito subjetivo sempre será a permissão que o ser humano tem de agir conforme o direito objetivo. (DINIZ, 2009, p. 13).

Para se ter uma visão mais contemporânea, Éverton Willian Pona e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2016, p. 55-72) propõem uma nova forma de pensar o fenômeno jurídico, não mais a partir da categoria teórica do direito subjetivo, mas sim das situações jurídicas. Os autores partem da premissa da repersonalização do direito e da superação do positivismo jurídico, posicionando a pessoa humana no centro do ordenamento, para chegar na possível qualificação jurídica que consiga abarcar outras nuances da realidade fática que não podem ser desconsideradas pelo direito:

Assim, ao invés de condicionar a atuação do indivíduo às autorizações expressas do direito objetivo, quando se tratar da esfera de interesses existenciais, principalmente, de mais valia se considere a sua ação sob a perspectiva das situações jurídicas, o conjunto de direitos, deveres, consequências, prerrogativas e obrigações que transitam em torno de um fato, estado ou ato qualificado pelo ordenamento, de algum modo, como apto a produzir efeitos jurídicos. Manifestações de liberdade realizadas por intermédio do poder jurídico e jurígeno da autonomia privada, nesse sentir, passíveis de gerar situações não previstas, mas que merecem a tutela do ordenamento por consistirem em fatos do quais advêm consequências no mundo do direito. (PONA; AMARAL, 2016, p. 72).

Superada a primeira clássica dicotomia existente no direito, passemos a segunda importante diferenciação: o direito público e o direito privado. Trata-se de tradicional divisão no tratamento sobre o direito objetivo positivado, nas palavras de Norberto Bobbio, a “grande dicotomia do direito”⁶. (BOBBIO, 2010, p. 14). A origem da divisão é proveniente do direito romano, nas lições de Ulpiano (*apud* MONTORO 1973, p. 467-468):

Dois são os aspectos deste estudo: o direito público e o direito privado. Por direito público entende-se tudo o que diz respeito à coisa pública romana; privado, é aquilo que atende aos interesses dos indivíduos; de fato, algumas coisas são de utilidade pública, outras, de utilidade privada. O direito público refere-se a coisas sagradas, a sacerdotes e

⁶O que é uma dicotomia? Para Norberto Bobbio, a dicotomia se sustenta em dois requisitos estruturantes: (i) a existência de duas esferas conjuntamente exaustivas e concomitantemente excludentes; e (ii) que a divisão seja total e principal, de modo que todos os elementos encontrem lugar em uma ou outra esfera de diferenciação. (BOBBIO, 2010, p. 13-15).

magistrados. O direito privado compõe-se de três partes, conforme é deduzido de preceitos naturais, de preceitos das gentes ou de preceitos civis.⁷

Das várias divisões propostas pela doutrina ao longo dos séculos, a que ganhou maior relevo é aquela que considera a origem que integra a relação jurídica e o seu respectivo conteúdo do ramo do Direito. Destaca-se que alguns doutrinadores consideram irrelevante a mencionada dicotomia no plano prático, vez que o direito “deve ser encarado em sua generalidade, sendo qualquer divisão compartimentalizada apenas uma visão útil para efeitos didáticos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002, p. 22).

O direito público regula relações jurídicas concernentes à organização e atividade do Estado, bem como relações jurídicas entre cidadão e as organizações políticas estatais. Contudo, uma nítida confusão se apresenta: há casos em que é nítida a interpenetração existente o interesse do indivíduo e o público, por exemplo, o direito das famílias, em que a boa-fé objetiva se tornou princípio, conforme os ensinamentos de Flávio Tartuce, Anderson Schreiber, Jones Figueirêdo Alves, Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, estudo que será aprofundado ainda neste trabalho.

Inúmeros autores chegaram à conclusão de que essa divisão se encontrava no seio do interesse dominante. Assim, as normas de direito público referem-se aos interesses da sociedade e indiretamente o do particular; e as de direito privado atendem de forma imediata o interesse dos indivíduos e mediatamente o do poder público.

Muitos institutos e a própria formação lógico-legal do Direito Administrativo tomaram por base o Direito Civil, existente de modo sistematizado muito anteriormente ao direito administrativista e que, nas palavras de Cretella Júnior (1986, p. 215), seria o “ramo que despontou em primeiro lugar, que cresceu mais depressa e por mais tempo”, sem jamais ser o “tronco” mestre, mas dele se irradiou. Sendo que a “milénar colocação de Ulpiano, tolerável de um ângulo didático, é aceita com inúmeras restrições pelos cientistas do direito” (CRETELLA JÚNIOR, 1986, p. 221),

⁷ Tradução de livre de: “*Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.*”

sendo mais produtor um Direito Comparado *ad intra*, ou seja, o estudo das espécies entre o Direito Administrativo e Civil.

Em alguns ramos da ciência jurídica pontos comuns entre direito público e direito privado se tocam, um ao outro. Modernamente, recusa-se a utilidade ou interesse como o único fator da diferenciação entre o direito público e o direito privado⁸, buscando o elemento diferenciador no sujeito ou titular da relação jurídica. Assim, o direito público seria aquele que regula as relações em que o Estado é parte, enquanto o direito privado é o que disciplina as relações entre particulares.

Embora alguns autores entendam que a divisão entre público e privado é inútil do ponto de vista prático, é fundamental indicar que ela é útil e necessária, não só sob o prisma da ciência do direito, mas também do ponto de vista didático. No entanto, não é algo completamente fechado, isto é, não há uma linha que delimite o que é o público e o que é o privado. No pensamento habermasiano, esta aproximação do âmbito privado ao público é evidenciada, em que pese este movimento não gerar a exclusão de ambas as naturezas.

A derivação fática de tal proximidade se deve, em especial, do novo delineamento de uma nova esfera de atuação dos indivíduos que mescla tanto o direito público quanto o privado:

Com a fuga do Estado do direito público, a transferência de tarefas da administração pública para empresas, entidades, corporações, gestores semioficiais de direito privado, mostra-se também o lado inverso de uma publicização do direito privado, a saber, a privatização do direito público. Os critérios do direito público clássico tornam-se nulos, sobretudo quando a própria administração pública se serve de meios de direito privado em suas atividades de distribuição, assistência e fomento. Pois a organização de direito público não impede, por exemplo, que um fornecedor municipal estabeleça uma relação de direito privado com o seu “cliente”, nem a ampla

⁸ Num primeiro momento Savigny indica que a divisão entre direito público e direito privado seria representado por sua finalidade, sendo que a relação jurídica serviria somente como meio para a sua existência; posteriormente, Ihering trouxe três espécies de propriedades como solução para a dificuldade: (i) a individual, que o indivíduo se apresenta como sujeito-fim; (ii) a do Estado, em que o Estado se apresenta como sujeito-fim; e (iii) a coletiva, que a sociedade é o objeto final do próprio direito. Kahn apresenta o critério de divisão da “patrimonialidade”, segundo o qual o direito privado teria conteúdo patrimonial enquanto o direito público não conteria questões dessa natureza. Jellinek sustentou que o ponto de discussão está em que o direito privado regulamenta ações dos indivíduos e o direito público regulamenta ações daqueles que detêm o poder de império. Goffredo Telles Júnior apresenta um critério misto, distinguindo o direito público do direito privado com base em dois elementos: (i) o interesse preponderante protegido pela norma; e (ii) a forma da relação jurídica regulada por prescrição normativa. Gurvitch e Radbruch entendem que o direito público seria um direito de subordinação, por sua vez, o direito privado seria um direito de coordenação. (DINIZ, 2009, p. 15-17).

regulamentação de uma tal relação jurídica exclui a natureza de direito privado. Uma classificação segundo o direito público não é exigida nem em razão da posição de monopólio e do contrato coativo nem em virtude de a relação jurídica estar fundamentada em um ato administrativo. Nesse sentido, o momento de publicidade do interesse público vincula-se ao momento do direito privado de formulação contratual, na medida em que, com a concentração de capital e com o intervencionismo resultante do processo recíproco de socialização do Estado e de uma estatização da sociedade, surge uma nova esfera. Essa esfera não pode ser entendida plenamente nem como uma esfera puramente privada nem como uma esfera genuinamente pública, e não pode ser univocamente classificada no domínio do direito privado ou público. (HABERMAS, 2014a, p. 344-345).

Um importante exemplo de novo delineamento da esfera de atuação do direito público inspirando-se no direito privado é a Lei nº. 13.303/2016, que estabeleceu no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre”: (i) sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (ii) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (iii) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (iv) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e (v) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

O Estado, por intermédio da sociedade de economia mista ou empresa pública, exerce atividade econômica, reservada a economia privatizada – ao particular –, ele se submete, na ausência de dispositivo legal que indique o contrário, as normas de direito privado. Isto é, “estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente” (DI PIETRO, 2019, p. 549).

Um ponto que merece análise: sobre o regime jurídico das empresas estatais. Entende-se por regime jurídico “o conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre um certo sujeito, bem ou atividade” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 105), isto é, o feixe de normas extraídas do ordenamento jurídico e que formam um subsistema normativo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003) e Eros Roberto Grau (2015) a análise do regime jurídico a ser adotada por determinada empresa estatal será estabelecida

conforme a sua área de atuação, isto é, na prestação de serviços públicos ou na exploração de atividade econômica.

As empresas estatais prestadoras de serviços públicos estariam sujeitas ao regime estabelecido no artigo 175 da Constituição, recebe, assim, maior interferência do regime de direito público-privado, de modo análogo ao regime da Administração Pública direta; por outro lado, as estatais exploradoras de atividade econômica estariam submissas ao regime jurídico elencado no artigo 173 da Constituição, se aproximando do regime de direito privado cujas normas regem as empresas privadas.

O Supremo Tribunal Federal, negando essa tradicional diferenciação, na Ação Direta de Inconstitucional nº. 1642, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 03 de abril de 2008, “chegou a considerar como Fazenda Pública as empresas públicas prestadoras de serviços públicos; equiparando-as materialmente a autarquias ou a algo em muitos elementos análogos a elas” (ARAGÃO, 2018, p. 179):

De acordo com a posição desse Tribunal, o regime jurídico incidente sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos seria diverso daquele aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Esse posicionamento se refletirá [...] na jurisprudência atinente ao regime de bens, tributário e contratual dessas entidades, havendo julgados reiterados, por exemplo, no sentido de que os bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos não são penhoráveis, bem como que a elas se aplica a imunidade tributária instituída pelo art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal (imunidade tributária recíproca). (ARAGÃO, 2018, p. 179).

Com a edição do Estatuto Jurídico da Empresas Estatais, o Legislador tentou resolver a situação. Di Pietro (2019, p. 565) entende que o regime jurídico das empresas submetidas ao estatuto jurídico instituído pela Lei nº. 13.303/2016 é em parte de direito público e em parte de direito privado, sendo que esse regime jurídico híbrido existe em diversos institutos de direito privado utilizados pela Administração Pública.

O objetivo desse controle, pelos próprios órgãos da administração pública ou pelo controle social, justifica-se pelo fato das empresas públicas e das sociedades de economia mista possuírem patrimônio público, mantendo-se vínculo com o ente político que as criou, para permitir, justamente, o controle.

Na empresa pública “o Estado busca a forma mercantil para conferir personalidade jurídica a um empreendimento exclusivamente seu, sem sócios privados”. Nas sociedades de economia mista “o Estado quer unir-se a particulares

para, com as vantagens da comunhão de esforços (financeiros e/ou gerenciais), implantar ou manter um empreendimento” (SUNDFELD, 2006, p. 269).

Para alcançar maior eficiência e agilidade, ambos adotam a natureza jurídica privada, optando por uma das formas societárias dispostas no Código Civil, no caso das empresas públicas ou por meio de sociedades anônimas nos termos da Lei nº. 6.404/76, na condição de sociedade de economia mista.

Embora as empresas estatais tenham sido criadas à semelhança das empresas privadas é certo que não há uma submissão total das empresas estatais no regime privado. Tendo em vista que sua finalidade de criação e os seus recursos sempre sofrerão ingerência de princípios e normas de direito público, o que levou Jean-Denis Bredin (1957) sustentar que estas entidades possuem natureza híbrida (BREDIN, 1957 *apud* DE MELLO, 2007, p. 4).

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, como se tem observado até o momento, exibem dois aspectos inerentes à sua condição jurídica: de um lado, são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, são pessoas sob o controle do Estado. Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao regime de direito público. Na verdade, pode dizer-se, como o fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa natureza híbrida, já que sofre o influxo de normas do direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses setores (CARVALHO FILHO, 2012, p. 495-496).

A Lei nº. 13.303/2016 ao estabelecer a obrigatoriedade do Código de Conduta e Integridade, elemento que possui origem no âmbito do direito privado, na empresa pública e na sociedade de economia mista, na gestão de riscos e controle interno, realiza um novo pacto que é resultado do avanço da sociedade, com relações complexas e plurais. Logo, como bem destaca Paulo Dourado Gusmão, essa clássica bifurcação não necessariamente representa a realidade jurídica e a complexidade da sociedade moderna: “no mundo atual, entre esses dois grandes e tradicionais campos do direito se encontra o direito ‘misto’, seja por tutelar tanto interesse público ou social quanto o privado [...] ou então, por ser constituído de normas de direito público e privado” (GUSMÃO, 1999, p. 147-148).

Esse resultado visto na Lei nº. 13.303/2016 é um exemplo de “privatização” do direito público, mas esse fenômeno de rompimento da clássica dicotomia é extremamente notado na constitucionalização do Direito Civil, com a previsão, em

sede constitucional, de matérias que eram totalmente relegadas à legislação civil ordinária:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracondificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes. (TEPEDINO, 2001, p. 7).

Quando o legislador age para disciplinar diversos institutos nitidamente privados no seio constitucional, o ato legislativo acaba por redimensionar a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos. Isto é, ao reestabelecer o sistema jurídico em seu eixo fundamental, estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade substancial, a erradicação da pobreza e a diferença das desigualdades sociais, a Constituição Federal de 1988 marcou uma superação da tênue fronteira entre o direito público e o direito privado, pois tanto o direito público quanto o direito privado devem observar os princípios fundamentais constitucionais, é o que Luiz Edson Fachin denomina de virada copernicana no Direito Privado, reunificando, valores existenciais da pessoa humana, que encontravam-se perdidos na longa e vasta legislação infraconstitucional (FACHIN, 2000, p. 317-324).

O Direito Civil é, sem sombra de dúvidas, o ramo por excelência do direito privado (DE FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 43), mas sofre, cada vez mais, forte influência das normas constitucionais. Contudo, é crível afirmar o Direito Civil não tende a se deslocar integralmente para o direito público, mas sim reafirmar-se com uma nova caracterização, proclamando e observando valores fundamentais, tão caros ao bem-estar social, portanto, passamos a estudar, de forma breve, o Direito Civil e o Código Civil de 2002.

2.2 O DIREITO CIVIL E O CÓDIGO CIVIL DE 2002: A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO

É um erro crer que o Direito Civil corresponde ao Código Civil. O Direito Civil é um conjunto de normas jurídicas que possui grande relevância para as relações privadas, sendo muito mais amplo do que o Código material, envolvendo, por exemplo, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº. 9.610/1998), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990), Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003), dentre outras. O Código Civil pode ser visto como um mapa de consulta por qualquer cidadão, oferecendo ao hermenêuta as coordenadas para que ele “venha a encontrar o melhor caminho para a solução das lides nas quais seja chamado a intervir, ainda que esse melhor caminho esteja fora do próprio Código” (DELGADO, 2011, p. 493).

Assim é fulcral compreender o Direito Civil e toda a sua amplitude e, posteriormente, o próprio Código Civil *per se*, como meio de interpretação do Direito Civil sem se aprisionar em hierarquias valorativas em relação às outras normas que envolvem relações jurídicas privadas.

2.2.1 O DIREITO CIVIL: MUITO ALÉM DO CÓDIGO

Civil refere-se ao cidadão, de forma etimológica. O Direito Civil pode ser visto como o “Direito do Cidadão”, sendo que em alguns países a derivação é exatamente essa, como por exemplo, na Rússia (*grazhdanskoe pravo*) e na Alemanha (*bürgerliches Recht*). “O direito civil é o direito comum.” (SANTORO-PASSARELLI, 1971, p. 19).

Por essa razão o conceito de Direito Civil atravessa uma evolução ao longo da história. No direito romano, o Direito Civil era visto como o direito da cidade que geria a vida dos cidadãos independentes (*ius civile*), abrangendo, assim, todas as normas de direito vigente (penal, administrativo, processual etc.). Além disso, regia o *ius naturale* – *quod natura omnia animalia docuit*, aquilo que a natureza ensinou aos animais -, vez que a organização política não permitia que se regressassem pelo *ius civile*, cujo privilégio cabia somente aos cidadãos romanos independentes.

Já na Era Medieval, o Direito Civil passa a ser identificado com o direito romano, contido no *Corpus Iuris Civilis*, no século XI, ordenado pelo Imperador Justiniano, sofrendo plena interferência do direito canônico, devido à autoridade legislativa da Igreja Católica, que, por sua vez, constantemente, invoca os princípios gerais do direito romano. Bem sintetiza Orlando Gomes (2001, p. 54):

Do século XII ao século XVI, o *Corpus Juris Civilis* foi objeto de intensa exegese, sem cunho sistemático; por parte de juristas, conhecidos pelo nome de glosadores, porque redigiam breves anotações entre as linhas (*glossae interlineares*) ou à margem (*glossae marginales*) dos textos justinianeus. Dentre eles, gozam de maior fama Irnério e Acúrsio, este o autor da glosa ordinária. Seguem-se os pós-glosadores, cuja atividade se caracterizou pelo esforço para adaptar a doutrina dos glosadores às necessidades da época e aos costumes vigentes. Os principais representantes dessa escola são Bartólo e Baldo. No século XVI, a investigação do Direito Romano adquire colorido mais brilhante, devido ao empenho no melhor conhecimento das suas fontes e pela nova orientação, de caráter sistemático, que se procura seguir. As figuras marcantes desse movimento são Cujácio e Doneau. Desde então até nossos dias, o estudo das fontes romanas, principalmente na Alemanha e na Itália, se vem fazendo para melhor fixação de um momento alto da evolução jurídica. Esses estudos têm concorrido decisivamente não só para o esclarecimento das manifestações do gênio jurídico dos romanos, mas também para o aperfeiçoamento da técnica jurídica, em cujo manejo foram insuperáveis.

O nosso direito civil filia-se fortemente à longa tradição romano-germânica, que teve início com a recepção do direito romano nas universidades europeias em meados do século XII, resultando na pandectística alemã do século XIX. Destaca-se que o pensamento jurídico romano e a legislação civil brasileira possuem um vínculo histórico: cerca de 80% dos dispositivos do Código Civil de 1916 encontravam paralelismo quase perfeito no direito romano. Segundo levantamento feito por Abelardo Saraiva da Cunha Lobo (2006, p. 17), pelo menos 1.445 dos 1.807 artigos do Código Beviláqua tinham um correspondente ou equivalente aproximado nas fontes romanas. O próprio mentor do Código de 1916 deixava claro, nos seus comentários ao mencionado projeto legislativo, os fragmentos das fontes romanas que haviam servido de inspiração para os inúmeros artigos de seu projeto.

Com o Código material de 2002, inúmeros princípios e institutos romanos desconhecidos em nosso ordenamento foram introduzidos, por exemplo, o direito real de superfície (arts. 1.369 a 1.377), a lesão (art. 157), a proibição dos atos emulativos (art. 1.228, § 2º), a sucessão do cônjuge *in loco filiae* (art. 1.829, I). Vale destacar que até mesmo a boa-fé objetiva, tão cara neste trabalho, corresponde, conforme analisaremos, ao conceito de *Treu und Glaube* da doutrina alemã, que é um desdobramento da noção romana de *bona fides*, fato que já era observado pelos juristas pandectistas desde o século XIX.

Retomando a evolução histórica, na Idade Moderna, no direito anglo-saxão, a expressão *civil law* correspondia ao direito moderno, e as matérias relativas ao direito civil eram designadas como *private law*. Passou a ser o mais importante ramo do Direito Privado sendo a primeira regulamentação das relações entre particulares. A partir do século XIX toma um sentido mais reduzido para designar as instituições disciplinadas no Código Civil.

Como já mencionado, a questão da unificação do Direito Civil não pode ser confundida com o Direito Privado. Apesar do Código Civil de 2002 ter revogado, dentro de seu art. 2.045, toda a primeira parte do Código Comercial⁹ (Lei nº 556/1850) e de adotar a teoria da empresa (arts. 966 a 1.195), não houve unificação total com o Direito Privado.

Pode-se dizer, na lição de Maria Helena Diniz que o Direito Civil é:

O ramo do direito privado destinado a reger relações familiares, patrimoniais e obrigacionais que se formam entre indivíduos encarados como tais, ou seja, enquanto membros da sociedade. É o direito comum a todas as pessoas, por disciplinar o seu modo de ser e de agir, sem quaisquer referências às condições sociais ou culturais. Rege as relações mais simples da vida cotidiana, atendo-se às pessoas garantidamente situadas, com direitos e deveres, na sua qualidade de marido e mulher, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro. (DINIZ, 2009, p. 47).

A importância do direito civil pode ser vista em diversos prismas. Preliminarmente, constitui a base do ordenamento jurídico de todas as sociedades. Diga-se, é o direito comum por excelência, nascendo dele outros ramos do direito, outras disciplinas de natureza especial, que a ele continuam ligadas, como por exemplo o direito comercial/empresarial, o direito do trabalho, o direito econômico, o direito agrário, o direito previdenciário etc. Em segundo aspecto, o espírito do direito civil e sua técnica influencia os demais ramos da ciência jurídica, como vimos, o próprio Estado, no exercício de sua atividade econômica, a ele se submete.

Além da forma histórica, retirado das mais antigas tradições e práticas costumeiras dos romanos, o direito civil é estável mantendo uma linha de continuidade

⁹ Destaca-se que a teoria da empresa foi recepcionada pelo Código Civil pelo prisma funcional, sendo que a autonomia científica do Direito Comercial continua a existir. Na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado no Enunciado 75 que: “a disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial.

histórica nos seus aspectos formais e materiais, não se submetendo diretamente ao “sabor das modificações políticas e ideológicas” que justificam as mudanças nas estruturas do poder do direito público (AMARAL, 2018, p. 192). Os principais institutos que disciplinam a vida em sociedade são idênticos aos que, salvo as inevitáveis e necessárias transformações resultantes do progresso social, existiam em Roma e na Europa Medieval. Destaca Francisco Amaral:

Consagrando o valor fundamental da pessoa, é o direito civil o setor jurídico em que mais lentamente repercutem as mudanças sociais e as revoluções políticas, pois nele não existem diferenças de poder e de hierarquia, predominando os valores da igualdade e da liberdade. Apresenta-se, assim, como depositário dos valores e das tradições nacionais, mantendo-se ao longo dos tempos como produto da história social e cultural de um povo, o que não impede que seja, quando necessário, expressão de reforma e de institucionalização de processos de mudança. A sua estabilidade não impede a atualização de seus institutos por força do progresso social. (AMARAL, 2018, p. 193).

Histórico e estável, o direito civil também é altamente desenvolvido “porque em nenhum outro a técnica jurídica alcançou tão grande aperfeiçoamento, elaborando regras, princípios, conceitos e construções que, por sua amplitude e generalidade, aplicam-se a todos os ramos do direito” (AMARAL, 2018, p. 193). É, ainda, um direito personalista, na medida que tem por objeto a proteção da pessoa e dos seus interesses de ordem patrimonial e familiar. E, por fim, é um direito liberal porque consagra a autodeterminação como um de seus valores fundamentais, traduzindo-se na esfera da autonomia reconhecida no indivíduo.

Após o século das codificações representado, sobretudo, pelo Código Napoleônico da França, pelo *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) da Alemanha e pelos Códigos de Portugal, Suíça, Polônia e Itália, entre outros, o século XX seria o ocaso das codificações, expressão cunhada por Orlando Gomes, reconhecendo uma especialização do Direito do Trabalho, do Direito Empresarial, do Direito do Consumidor e do Direito da Criança e do Adolescente.

Logo, o direito civil é instrumento que regula as relações entre os indivíduos nos seus conflitos de interesses e nos problemas de organização de sua vida diária, ocupando-se com os direitos referentes aos indivíduos e à sua família, e com os direitos patrimoniais, pertencentes à atividade econômica, à propriedade dos bens e à responsabilidade civil. Os demais ramos do direito privado destacaram-se em partes

do direito civil por força da especialização de interesses, sujeitando-se à regulamentação de atividades decorrentes do exercício de profissões, tendo em vista que o direito civil disciplina direitos e deveres de todo e qualquer cidadão enquanto tais e não submetido a eventual condição especial de empregado ou empresário, por exemplo.

O Código Civil será o mapa, um norte interpretativo, sem aprisionamento e sem hierarquia valorativa em relação às outras normas de Direito Privado, é uma espécie de manual de Direito, passível, em tese, de ser consultado por qualquer cidadão. Diante disso, superada, de forma concisa, a construção do Direito Civil, passemos ao estudo do Código Civil.

2.2.2 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: A HISTÓRIA E O PRESENTE

A análise do Código Civil de 2002 permite e exige uma análise histórica, fato que garantirá o aprofundamento do estudo do fenômeno jurídico a partir do código material.

A história da codificação do direito civil no Brasil pode ser considerada peculiar por diversos motivos, conforme aponta Ricardo Marcelo Fonseca (2006, p. 61-76). Fruto, inicialmente, do árduo trabalho intelectual de Augusto Teixeira de Freitas, falecido em 1883. O baiano foi contratado em janeiro de 1859 pelo Governo Federal para organizar um anteprojeto de Código, em razão da previsão da instituição da Constituição Imperial de 1824 que determinava em seu art. 18: “organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e equidade”. A minuta surgiu com 4.608 artigos, estabelecendo o Código Civil e, sobretudo, unificando-o com o direito privado.

Ressalta-se que o surgimento da ideia de codificar a sistemática material no âmbito nacional surgiu com a própria independência política em 1822, em decorrência da ausência de legislações próprias. Desta feita, a Assembleia Constituinte determinou que continuassem em vigor as Ordenações Filipinas, de Portugal, em que pese as alterações feitas por leis e decretos extravagantes, sobretudo, na esfera cível, até que se elaborasse o Código Civil.

Antes de Augusto Teixeira de Freitas, coube ao alagoano Francisco Inácio de Carvalho Moreira, em 1845, se preocupar com a matéria ao apresentar um estudo sobre a revisão e codificação da sistemática civil.

Em 1858, o mesmo Teixeira de Freitas foi contratado para tentar consolidar as legislações civis que se encontravam esparsas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, realizando a chamada Consolidação das Leis Civis, com 1.333 artigos. Justificado o sucesso da mencionada consolidação, que foi aprovada pelo Imperador em 24 de dezembro de 1858, Teixeira de Freitas foi novamente contratado em 10 de janeiro de 1859 e tinha, inicialmente, até 31 de dezembro de 1861 para realizar a entrega do projeto para o Governo Imperial. O referido prazo foi prorrogado para 23 de junho de 1864.

O anteprojeto do ano seguinte, que contava com 4.608 artigos, não foi aceito por ter unificado o direito civil com o direito comercial. Muitos acreditam que Teixeira de Freitas rescindiu o contrato e abandonou o projeto em razão das forças de resistência ao avanço dogmático da ciência. Contudo, este não foi o único motivo.

O Governo Imperial havia constituído uma comissão¹⁰ para revisar as partes do projeto que já estavam publicadas. A primeira reunião (20/04/1865) da mencionada comissão ocorreu somente depois de um ano e quatro meses da sua constituição (24 e 30/12/1863). O trabalho foi suspenso de forma oficial em 31 de agosto de 1865. Neste período, Teixeira de Freitas já não perfazia qualquer numerário pelo trabalho desenvolvido, tendo em vista que o contrato com o Governo Imperial já havia se encerrado, fato que levou o baiano escrever para o Ministro dos Negócios da Justiça, José Tomás Nabuco de Araújo Filho, amigo e ex-colega de graduação, que havia lhe contratado para iniciar o processo da codificação, pedindo o adiantamento do prêmio final. Uma crise ministerial foi instaurada, e o colega Nabuco deixou o Ministério dos Negócios da Justiça sem a possibilidade de resposta do pedido de Teixeira de Freitas. Em 20 de janeiro de 1866, Teixeira de Freitas escreveu para Martin Francisco, aquele que ocupava o Ministério, a seguinte carta:

Tenho resolvido abrir mão dos trabalhos do Projeto de Código Civil, que me foram encarregados pelo Governo Imperial. Em um País, onde almas nobres não encontram estímulos para abnegações, não poso por mais tempo resistir ao meu desalento. Não devo, pela pura e simples expectativa de uma tênue recompensa pecuniária (avultadíssima para muitos), e essa mesma, se não incerta, infalivelmente sujeita a dependências e humilhações, completar a ruína de minha saúde, nem sacrificar uma diminuta fortuna, só

¹⁰ A referida comissão contava com Visconde de Uruguai (presidente), Nabuco de Araújo, José Mariani, Lourenço José Ribeiro, Francisco Furtado, Antônio Joaquim Ribas, Braz Florentino Henriques de Souza e Caetano Alberto Soares. Enquanto o Ministro dos Negócios da Justiça era João Lins Vieira Cansanção de Sinimbu.

adquirida pelo trabalho. (MEIRA, 1983, p. 341 *apud* CARVALHO, 2019, p. 6).

O Ministro dos Negócios da Justiça recusou a desistência e apelou para o civismo de Teixeira de Freitas. Pouco mais tarde, o baiano se deslocou à Argentina. Em 1864, o país vizinho incumbiu Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield, que imortalizou o Esboço de Teixeira de Freitas, em 1871, após adotá-lo como inspiração.

Em 1872, com Duarte de Azevedo à frente da pasta da Justiça, o contrato com Teixeira de Freitas foi resolvido. O novo jurista escolhido foi, curiosamente, Nabuco de Araújo, ex-Ministro e colega de graduação de Teixeira de Freitas, contratado pelo prazo de cinco anos, com o termo inicial para primeiro de janeiro de 1873. Ao final do prazo estabelecido de forma inaugural, o jurista solicitou a prorrogação do contrato pelo prazo de oito meses, a qual foi acolhida, mas sem remuneração, abrindo-se a exceção para o exercício da advocacia, que era impedido em razão do contrato. Foi nesse período que Nabuco faleceu, em 19 de março de 1878, impossibilitando a conclusão da missão.

O material desenvolvido por Joaquim Nabuco – e seu irmão Sizenando – continha um título preliminar com 118 artigos e o começo da parte geral, com 182 artigos. Esse material foi publicado por determinação da Câmara dos Deputados em 1882, pela Tipografia Nacional, como aditamento do Projeto do Código Civil brasileiro de Joaquim Felício dos Santos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1882).

Pela segunda vez da história, a elaboração do Código Civil estava sem conclusão. Uma terceira via começou em 1878, pouco depois da morte de Nabuco, encabeçada por Joaquim Felício dos Santos, jurista mineiro, nascido em 1828. Uma longa e polêmica histórica cercou o relacionamento de Felício dos Santos e seus familiares na elaboração do Projeto. Inobstante, em 25 de março de 1882, a Câmara dos Deputados aprovou a proposta a seguir ementada:

CÓDIGO CIVIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. 1881-1882 – N. 48. 1ª SESSÃO. PROJETO. A assembleia geral decreta: Art. 1º Fica aprovado para servir como código civil do Império o projeto apresentado à câmara dos deputados pelo Dr. Joaquim Felício dos Santos e que é assim recebido. Sala das sessões, 25 de março de 1882. – A. Felício dos Santos. – Matta Machado. – J. Vieira de Andrade. – Montandon. – Affonso Celso Junior. – Soares. (RODRIGUES, 1897, p. 227).

Originando, nesse sentido, o Projeto do Código Civil brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos precedido dos atos oficiais relativos ao assunto e seguido de um aditamento contendo os apontamentos do Código Civil organizados pelo Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo. O projeto contava com 2.690 artigos, divididos da seguinte forma: um título preliminar, uma Parte Geral (Das pessoas, das coisas e dos atos jurídicos em geral) e uma Parte Especial (Das pessoas, das coisas e dos atos jurídicos em particular). Entre 1884 a 1887, Felício dos Santos publicou cinco tomos intitulados *Projeto do Código brasileiro e comentário por Joaquim Felício dos Santos*, que era uma espécie de defesa da conversão do Projeto em Código.

No ano de 1889, o Governo Imperial nomeou uma nova comissão, que contava com Barão de Sobral como secretário, responsável pela revisão da Parte Geral. Enquanto, Conselho Olegário ficou com o direito das coisas, Coelho Rodrigues com o direito de família e Afonso Pena com o direito das sucessões. A referida comissão também não logrou êxito em finalizar o Projeto.

Com a República já proclamada, em maio de 1890, Coelho Rodrigues foi encarregado por Campos Salles – Ministro dos Negócios da Justiça, à época – de elaborar um Projeto de Código Civil, tomando por base o *Projeto* de Felício dos Santos, prevendo isso em contrato, inclusive. No ano seguinte, Felício dos Santos, eleito senador por Minas Gerais, apresentou nova versão do seu *Projeto*, em conjunto com Ruy Barbosa e Saldanha Marinho. De forma temporária, a Comissão de Justiça e Legislação, em 20 de outubro de 1891, retirou de discussão a proposta, em razão da contratação anterior de Coelho Rodrigues, fato que motivou o requerimento de retirada do *Projeto*, por parte do autor, que foi indeferido.

Dois anos depois, o *Projeto* de Coelho Rodrigues foi reprovado pela comissão responsável pelo aceite ou não do mencionado. Outro fato curioso: Coelho Rodrigues também era senador e acabou por seguir os mesmos passos de Felício dos Santos, isto é, levou ao Senado o seu *Projeto*.

Neste momento, dois projetos de Código Civil coexistiam no Senado. Em 1894, Coelho Rodrigues publica suas *Observações críticas sobre o projeto do Código Civil, n. 9 de 1891, do Sr. Senador Dr. Joaquim Felício dos Santos*. Em 1895, Felício dos Santos falece. Em 1896, o Senado rejeita o *Projeto* de Felício dos Santos, Coelho dos Santos, por sua vez, se propôs a revisar o *Projeto* de Felício dos Santos, com base na sua crítica de 1894, para, de forma definitiva, ver se o Código Civil seria aprovado:

No dia seguinte, 4 de setembro, foram rejeitados pelo Senado, não só o projeto da comissão, como o meu substitutivo e com eles as emendas do ilustrado Senador por Mato Grosso [...]. Naquele mesmo dia lembrei ao Senado e à Comissão Especial a necessidade de um projeto semelhante ao rejeitado, sobre o trabalho do ilustre finado, Felício dos Santos, cujos defeitos eu já havia indicado nas Observações críticas, que vão adiante, e em cuja revisão eu me oferecia para colaborar, afim de ver se, pela influência dos mineiros no Congresso, e graças ao bairrismo, que entre nós pode mais do que o patriotismo, conseguíamos afinal ter um código civil. (RODRIGUES, 1897, p. 262).

A proposta não foi aceita, por ter sido aprovada outra: a contratação de um jurisconsulto ou jurisconsultos para elaboração de um novo projeto de Código Civil. Campos Salles, naquela altura, Presidente da República, por indicação de Epitácio Pessoa, Ministro da Justiça e Negócios Interiores do Brasil, em 1899, nomeou Clóvis Beviláqua. No final do mesmo ano, houve a apresentação do *Projeto*, que após dezesseis anos de debates se transformou no Código Civil, promulgado em 1º de janeiro de 1916, e vigente a partir de 1º de janeiro de 1917, com novas alterações introduzidas pela Lei nº. 3.725/1919. O Código Civil só foi aprovado noventa e dois anos após a Constituição de 1824. Clóvis Beviláqua consignou a plena participação de todos os juristas envolvidos nos outros projetos no Código aprovado, dentre outras passagens, a seguinte:

Sem remontar à colaboração indireta de jurisconsultos mais distantes de nós, como Teixeira de Freitas, Nabuco e Felício do Santos, seria insensato negar que, para o Código Civil, cooperaram individualidades mais significativas do nosso mundo jurídico, e mais insensato ainda, obscurecer o valor dessa cooperação. (BEVILÁQUA, 1930, p. 177).

O Código Civil de 1916, marcado pelo Liberalismo, era uma obra artística. Qualquer alteração de seus dispositivos era uma destruição de um patrimônio cultural. Contudo, a realidade se impôs: as transformações metajurídicas pelas quais passou a sociedade brasileira entre o século XIX e XX exigiram uma revisão eficaz e atual do Código Civil de 1916, que, na realidade, datava de 1899. Legislações foram publicas, destacam-se: o estatuto da mulher casada (Lei nº. 4.121/1962), a do divórcio (Lei nº. 6.515/1977), a da união estável (Lei nº. 9.278/1996), a dos direitos autorais (Lei nº. 9.610/1998), a dos registros públicos (Lei nº. 6.216/1975), a do compromisso de compra e venda (Decreto-Lei nº. 58/1937 e Lei nº. 6.49/49), a do inquilinato (Lei nº. 8.245/1991), a da investigação de paternidade (Lei nº. 8.560/1992), a do condomínio

edifício (Lei nº. 4.591/1964), a do parcelamento do solo (Lei nº. 6.776/1979), a do estatuto da criança e do adolescente (Lei nº. 8.069/1990), dentre outras. Maria Helena Diniz (2009, p. 51-52) manifesta sobre o referido movimento:

Em verdade, depois de 1916 os acontecimentos alteraram, profundamente, os fatos sociais, requerendo maior ingerência do juiz nos negócios jurídicos, derogando o princípio *pacta sunt servanda*. A locação de serviço deu ensejo ao aparecimento dos contratos de trabalho; a propriedade, que no Código Civil apresentava-se com um cunho individualista, passa a ter uma função social efetiva; o direito de família sofreu influência da publicização dos conceitos, reclamando a alteração das condições da mulher casada, em razão de sua promoção política e profissional, a inclusão dos preceitos concernentes à separação judicial e divórcio, a modificação dos princípios relativos ao menor sob pátrio poder e tutela, maior atenção à questão do menor abandonado e à dos efeitos da união estável, a revisão do regime de bens. [...]. O Governo brasileiro, reconhecendo a necessidade da revisão do Código Civil, em virtude das grandes transformações sociais e econômicas, resolveu pôr em execução o plano de reforma.

Na realidade cinco foram as comissões que alteraram o Código Civil de 1916, a destacar: (i) *Comissão Redatora de 1930*, com Clóvis Bevilacqua, Eduardo Espínola e Epitácio da Silva Pessoa; (ii) *Comissão Reformadora de 1942*, com Hahnemann Guimarães, José Philadelpho de Barros Azevedo e Orozimbo Nonato da Silva; (iii) *Projetador do Anteprojeto de Código Civil de 1961*, com Orlando Gomes; (iv) *Comissão Elaboradora do Código das Obrigações de 1965*, com Caio Mário Pereira da Silva, Theophilo de Azeredo Santos, Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado; e (v) *Comissão Elaboradora do Código Civil de 1969*, com Miguel Reale (Coordenador), José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Neves de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado (Direito da Empresa), Erbert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato da Silva Castro (Direito das Sucessões).

A Comissão Revisora de Bevilacqua, Espínola e Pessoa, foi convocada por Getúlio Vargas, que, seguindo o tom autoritário da década, fundou o Estado Novo tomando como exemplo o regime de Salazar. Em 06 de dezembro de 1930, o governo varguista criou a Comissão Legislativa, destinada a elaborar anteprojetos de lei para a reforma de todo – ou quase todo – ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministro da Justiça, Oswaldo Aranha, à época, fora nomeado presidente da Comissão, seguido por cinquenta e seis juristas encarregados de analisar e reformar

cada matéria objeto do decreto. São desta época as seguintes legislações: Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº. 1.608/1939), Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848/1940), Lei de Falências (Decreto-Lei nº. 7.661/1945), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº. 3.689/1941). Posteriormente, duas outras fundamentais leis foram decretadas: a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº. 5.452/1943) e a Lei das Sociedades por Ações (Decreto-Lei nº. 2.627/1940).

De forma concomitante, o Governo de Getúlio Vargas objetivou a reforma do direito civil, com o próprio autor do texto aprovado em 1916, juntamente com Eduardo Espínola e Alfredo Bernandes da Silva. Todavia, o projeto não foi adiante, sobretudo, em razão do próprio Clóvis Bevilacqua ser resistente àquilo que já estava consolidado no Código em vigor, somado ao fato que Eptácio da Silva Pessoa ser inerte e Eduardo Espínola ser contrário a iniciativa de recodificação, sendo favorável a mera revisão.

Já em 1939, o Governo Vargas nomeou Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães para formarem a Comissão de Revisão do Código Civil. A crítica foi grande, sobretudo, em razão da tentativa de secularizar o Código Civil do Direito das Obrigações, extremamente influenciado pelo cenário internacional, encontrava-se em voga a criação de códigos autônomos para os diversos ramos do Direito Civil, nos exemplos do Código Suíço das Obrigações, um código independente, com numeração própria de artigos e do modelo italiano que aprovava livro por livro do direito material para reuni-los posteriormente.

O modelo proposto dividia o Código das Obrigações em Parte Geral (constituição, classificação, transmissão, extinção norma e inexecução das obrigações) e em Parte Especial (contratos em espécie e títulos de crédito). Em 24 de janeiro de 1941, a Comissão elaboradora apresentou o Anteprojeto ao Ministro da Justiça Francisco Campos, sendo publicado no Diário Oficial para garantir publicidade ao ato, bem como a permissão do recebimento de críticas e elogios da comunidade acadêmica. Vale destacar que, algumas mudanças foram propostas, destacam-se: a extensão da falência do devedor civil, a lesão, o enriquecimento indevido e a cessão de débito, institutos adotados no Código Civil de 2002. Segundo estudo de Daniela Silva Fontoura de Barcellos (2011, p. 136), esta Comissão tinha como modelo jurídico aquele:

[...] fundado nas experiências nacionais, ou seja, no Código de Bevilacqua, apoiado na ideia unificadora do direito privado de Teixeira

de Freitas. Agrega-se a ele a influência internacional, seja da legislação então vigente, seja dos debates teóricos sobre a matéria. Assim, levaram em consideração a ideia alemã – mas não levada a termo – de codificar separadamente o direito de família, do contrato, da propriedade e da associação. Também influenciaram os projetadores de 1941, a reforma do Código Civil da Itália (1939) e o da Letônia (1937), ambos suprimindo a Parte Geral. Mencionam igualmente a reforma do Japão, que renovou os livros um a um; e a tendência ao esvaziamento do Código Comercial, a exemplo do ocorrido na Grécia e na Bélgica. Além desses, mencionam o estudo que fizeram sobre o conteúdo dos seguintes códigos comerciais: francês; argentino (1889); mexicano (1889); chileno (1865); uruguaio (1866); russo; húngaro (1876); espanhol (1855); italiano (1882) e o japonês.

Contudo, o mencionado Anteprojeto recebeu inúmeras críticas, como já mencionado, destacando-se a seguinte: “[o projeto] não logrou êxito porque a atual consciência jurídica nacional não aceitou esta ideia de criar um Código das Obrigações separado do Código Civil, que ficaria destinado apenas ao Direito de Família, de Propriedade e às Sucessões” (REALE, 1995, p. 9.831). O excerto é de Miguel Reale, aquele que viria a ser o principal responsável pelo Código Civil de 2002.

Vale ressaltar que, apesar de não terem a aprovação do projeto de codificação das Obrigações, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, escrita por Nonato, Guimarães e Azevedo foi aprovada pelo Decreto-Lei nº. 4.657/1942. A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB –, terminologia adotada, versa sobre normas e princípios que ultrapassam as esferas do Direito Civil, sendo, efetivamente, aplicáveis a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma norma legal de caráter geral, destinada a orientar, editar e aplicar o direito em nosso país, uma tradição jurídica ocidental, não alterada pelo Código Civil de 2002.

No ano de 1961, Jânio Quadros age para reformar determinadas legislações com o objetivo de renovar os códigos nacionais em sua amplitude. Eis a terceira tentativa de reforma do Código Civil. Diferente da tentativa de Vargas em realizar ‘apenas’ uma dicotomia entre o Código Civil e o Código das Obrigações, Quadros queria ir além: alterar integralmente o restante do conteúdo do Código Civil.

Através de dois decretos exarados em 1961 (Decretos nº. 50.924 e 51.005), Jânio Quadros organizou o denominado Serviço de Reforma dos Códigos, além de um Serviço Permanente constituído por um assistente jurídico, o chefe e o subchefe do gabinete do Ministro da Justiça e Negócios Interiores. De acordo com o art. 4º do Decreto nº. 51.005/1961, as seguintes legislações seriam alteradas:

Art. 4º Ao serviço transitório, determinado Serviço de Reformas de Códigos, compete o projetamento dos Códigos Civil, de Obrigações, das Sociedades Comerciais, dos Títulos de Crédito, da Navegação, Penal, de Menores, Processual Civil, Processual Penal e da Contabilidade Pública, bem como das Leis de Contravenções Penais, Estatuto do Comerciante e, como reforma da atual Lei de Introdução ao Código Civil, de Disposições sôbre as Leis em Geral. (BRASIL, 1961).

No mesmo ano, Orlando Gomes é convidado para redigir o Anteprojeto de Código Civil. A missão proposta ao jurista baiano era garantir e fornecer instrumentos jurídicos para possibilitar o desenvolvimento econômico das empresas públicas (Companhia Siderúrgica Nacional, Petrobrás, Eletrobrás etc.). Dividindo o Código Civil e o Código das Obrigações, o governo de Jânio Quadros optou pela tentativa de criação de uma legislação contratual e de responsabilidade civil diferenciado. Não obstante, com a renúncia de Jânio Quadros, em 25 de agosto de 1961, o trabalho foi suspenso.

De forma inesperada, João Mangabeira, Ministro da Justiça de João Goulart, solicitou o prosseguimento dos trabalhos, contratando-o para entregar até 31 de março de 1963 o anteprojeto de Código Civil, que cindi-lo-ia em dois diplomas: o Código Civil e o Código das Obrigações. Prazo que foi observado pelo autor, que esclareceu sob os propósitos da obra:

Redigido no pensamento de atualizar, com espírito de sistema, a legislação civil, o anteprojeto coordena e consolida alterações introduzidas no Código por leis esparsas e inova em inúmeros pontos. Sem esse propósito de inovar não se justificaria a reforma do Código Civil. A resistência que as inovações encontrarão, particularmente entre os juristas, é natural. Conservadores por profissão, têm eles uma propensão instintiva para censurá-las [...] não obstante viverem a transformação contínua do Direito. Contudo, cumpre enfrentá-la, vencendo a tentação de sobrepor a lógica dos princípios e a harmonia dos institutos às reais necessidades de vida. (GOMES, 1963, p. 19).

A proposta era extremamente inovadora, fato constado pela Comissão Revisora composta por Orozimbo Nonato (Presidente), Caio Mário Pereira da Silva (Relator e autor da Parte Geral do Anteprojeto), Orlando Gomes (Autor do Anteprojeto), Francisco Luiz Cavalcanti Horta (Secretário Executivo do Serviço de Reforma de Códigos) e Graccho Aurélio Sá Vianna Pereira de Vasconcellos (Representante da Associação dos Magistrados do Estado da Guanabara). Em sua

obra autobiográfica, Caio Mario testemunha que “não será fácil vencer a resistência dos espíritos conservadores” e que o “conteúdo por inteiro do Anteprojeto de Código Civil, sob a coordenação de Orlando Gomes, trazia o inequívoco e patente cunho de modernidade.” (PEREIRA, 2001, p. 122).

Entretanto, as críticas ao anteprojeto Gomes não se limitaram ao conteúdo modernista. A separação do direito civil em dois códigos, teve – novamente - forte rejeição pela comunidade jurídica, fato que já havia ocorrido com a Comissão de Revisão do Código Civil de 1942. Por sua vez, as críticas em razão do conteúdo, considerado avançado para o tempo, encontrava-se, por exemplo, em seu art. 3º, que estabelecia a capacidade civil igual entre o homem e a mulher.

De forma paralela tramitou a reforma do Direito das Obrigações, iniciado em 27 de janeiro de 1964, com os seguintes juristas: Caio Mario da Silva Pereira (Negócio Jurídico, Parte Geral, Contratos e Outros Títulos de Ordem Geral), Theophilo de Azeredo Santos (Títulos de Crédito), Sylvio Marcondes Machado (Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil), presidida por Orozimbo Nonato. O trabalho foi longo, representado em noventa e seis reuniões, e terminou em 06 de julho de 1965.

Com ambos os relatórios prontos, Caio Mário (Obrigações) e Orlando Gomes (Direito Civil), agendaram uma audiência com o então presidente Castello Branco, que transformou as minutas nos Projetos de Lei nºs. 3.263 (De Direito Civil) e 3.264 (Código das Obrigações), que foram rejeitados pelo Congresso Nacional. Inúmeros são os motivos para tal rejeição: desde à mudança de governo até à acusação de divorcista, o clima político experimentado impossibilitou qualquer debate de questões inovadoras e vanguardistas, tendo em vista a resistência conservadora que o Governo Militar representava, principalmente, em relação aos pontos não desejados por determinados políticos, pela igreja católica e movimentos sociais, em especial, no âmbito da família e da propriedade privada.

Em decorrência da pressão político-social de caráter conservador ambos os projetos foram retirados de pauta, bem como a existente dicotomia entre o Código das Obrigações e Código Civil, que apresentava, de fato, um empecilho à tradição jurídica nacional.

O Decreto nº. 61.239, de 25 de agosto de 1967, reorganizou a Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Códigos, já no governo de Artur da Costa e Silva, Luís Antônio da Gama e Silva, Ministro da Justiça, à época, nomeia Alfredo Buzaid como Coordenador da Comissão Revisora de Códigos, tendo em vista que o

governo militar havia optado – como na Era Vargas e na Nova República - pela revisão e alteração da integralidade – ou quase – dos Códigos brasileiros. Coube à Alfredo Buzaid a revisão do Código Civil, Código Penal, Código Penal Militar, Código Processual Penal, Código Processo Penal Militar, Lei de Organização Judiciária Militar, Código de Sociedades, Código de Títulos de Crédito, Código de Navegação Marítima, Código de Contravenções Penais, Código de Execuções Penais, Lei de Introdução ao Código Civil (atual, LINDB), e outros dispositivos.

Na ditadura militar algumas leis foram aprovadas, em destaque: Lei das Edificações e Incorporações Imobiliárias (Lei nº. 4.591/1964), Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/1964), Lei de Reforma Bancária (Lei nº. 4.595/1964), Lei de Mercado de Capitais (Lei nº. 4.728/1965), Lei de Autorização de Associações de Poupança e Empréstimo (Decreto-Lei nº. 70/1966), Sistema Nacional de Seguros Privados (Decreto-Lei nº. 73/1966), Lei de Duplicatas (Lei nº. 5.474/1968), Lei de Financiamento de Imóveis Vinculados ao Sistema Financeiro Habitacional (Lei nº. 5.741/1971), Lei do Cooperativismo (Lei nº. 5.764/1971), Lei de Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras (Lei nº. 6.024/1974), Lei do Arrendamento Mercantil (Lei nº. 6.099/1974), Lei de Instituição e Criação da Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº. 6.385/1976), Lei do Cheque (Lei nº. 7.357/1985), Lei da Ação de Alimentos (Lei nº. 6.515/1977), Lei da Dissolução do Casamento (Lei nº. 6.515/1977), Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869/1973), Lei sobre Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/1981) e a Lei de Registros Públicos (Lei nº. 6.015/1973).

Em 23 de maio de 1969, Miguel Reale, convidado pelo Ministro da Justiça Luiz Antônio Gama e Silva, formou uma equipe de juristas para a realização do Projeto de Código Civil, que ocorreu, diferentemente dos outros Projetos, por iniciativa própria. Relata o Coordenador: “Foi assim que foi nomeada em 23 de maio de 1969, a comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, constituída por mim e mais cinco colegas, que haviam aceito meu plano de trabalho.” (REALE, 2005, p. 19). A Comissão formada por Reale teve: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado (Direito de Empresa), Erbert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato da Silva Castro (Direito das Sucessões), sendo seguido os seguintes critérios de elaboração:

Assente a ideia de constituir-se uma Comissão Especial, procurei atender a diversos requisitos, não só de alta competência doutrinária, mas também de afinidade intelectual, sem a qual seria impossível levar a bom termo um trabalho que, mais do que qualquer outro, exige harmonia das partes no todo, numa unidade sistemática. Além disso, para prevenir acusações de bairrismo, julguei necessário convidar juristas de vários pontos do país, entrelaçados por vínculos de compreensão e amizade. (REALE, 1987, p. 221).

Os juristas responsáveis por cada parte do anteprojeto tiveram quatro meses para a apresentação de sua parte, isto é, entre junho a setembro de 1969, cada um dos seis componentes entregaram os trabalhos para Miguel Reale. Destaca-se que, diferentemente das Comissões anteriores, os honorários profissionais da Comissão não foram onerosos ao Estado, todos consideravam a missão um dever cívico.

Em 09 de novembro de 1970, Miguel Reale entrega para Alfredo Buzaid a primeira ordenação sistemática do Anteprojeto, como forma de dar publicidade e transparência para o Ministro da Justiça do trabalho desenvolvido. No ano de 1972, o Anteprojeto, posterior à realização de inúmeros exames e análises, foi publicado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Uma das diretrizes do Anteprojeto do Código Civil era: o Código Civil é o mapa do Direito Privado, logo, o direito das obrigações deveria permanecer umbilicalmente ligado ao Código, afastando as ideias anteriores.

O Anteprojeto de Código Civil foi apresentado ao Congresso Nacional, em data de 10 de junho de 1975, através da Mensagem Presidencial nº. 160, proferida por Ernesto Geisel, convertendo-se em Projeto de Lei na Câmara dos Deputados com a numeração PL nº. 634/1975. Entre 1975 a 1984, o projeto tramitou naquela casa, recebendo 1.063 emendas antes de ser encaminhado ao Senado Federal, que passou a tramitar sob a numeração 118.

Quando do recebimento do projeto no Senado Federal, o Brasil encontrava-se em uma crise intimamente ligada à moratória do pagamento dos juros da dívida externa e greves no sul e sudeste do país. Além disso, o mundo vivenciava a crise do petróleo, com impactos em território nacional. Na pauta política, encontravam-se as campanhas pela redemocratização, sobretudo, representadas pelas “Diretas Já”, resultando no pouco empenho dos senadores na discussão e elaboração de estudos referentes ao Código Civil. Na casa com a concha voltada para baixo, o Código recebeu 360 emendas dos senadores, isto é, 703 proposições a menos do que na Câmara dos Deputados.

Em 1986, ascende à pauta a redemocratização do país, assim, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte foi uma das medidas que viabilizou a vontade social emergente, fato que escanteou, ainda mais, o Projeto de Código Civil. A urgência de elaborar um texto constitucional era maior do que um Código Civil. Nasce uma outra decorrência lógica: seria um contrassenso levar a votação um Código Civil para posteriormente instituir uma Constituição. O caminho deveria – e foi – inverso.

Em 17 de dezembro de 1990, o Projeto de Código Civil foi arquivado nos termos do artigo 333 do Regimento Interno do Senado Federal. As discussões do Projeto só foram retomadas depois de cinco anos. Em 09 de maio de 1995, Josaphat Marinho, senador baiano, encaminhou à Comissão Especial um parecer em razão do longo tempo transcorrido. Posteriormente, 331 emendas foram analisadas, com a participação de Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves. Depois do desarquivamento decidiu-se por adaptar às normas do Anteprojeto à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente, a parte referente ao Direito de Família, previsto no art. 226 do Texto Maior.

Ao final dos trabalhos no Senado Federal, constatou-se a apresentação de 360 emendas, que demoraram 12 anos para serem analisadas. As emendas senatoriais tiveram a seguinte apreciação: 15 emendas rejeitadas, 4 emendas aprovadas parcialmente e 341 aprovadas integralmente. Além disso, a Comissão Especial apreciou o exame da integralidade do Projeto.

Ao regressar à Câmara dos Deputados, no ano de 1999, o Projeto de Lei nº. 118 recebeu como Relator-Geral o Deputado Federal Ricardo Fiúza, designando como relatores parciais: Bonifácio Andrada (Parte Geral), Vicente Arruda (Direito das Obrigações), Luiz Antônio Fleury (Direito de Empresa), José Roberto Batochio (Direito das Coisas), Antônio Carlos Biscaia (Direito de Família) e Synval Guazzelli (Direito das Sucessões).

Um ponto de destaque: a Ordem dos Advogados do Brasil foi, publicamente, contrária ao Projeto de Código Civil ao longo da sua tramitação no Congresso Nacional. A seccional do Paraná enviou sugestões de dois professores: Lamartine Corrêa de Oliveira e Altino Portugal Soares Pereira para o Processo no Conselho Federal, que foi instaurado após a solicitação do Presidente José Ribeiro de Castro Filho, na tarefa de revisar o Projeto de Código Civil da Comissão Reale.

Outra Comissão foi criada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em 1983, presidida por Victor Nunes Leal, com Arnold Wald e José Lamartine Corrêa de Oliveira na composição. A tarefa dos professores era se manifestarem sobre o projeto de lei que se encontrava no regime de votação final às vésperas da sessão legislativa, com a rejeição de mais de 1.300 emendas, fato que acelerou o andamento do projeto. No dia 07 de março de 1984, a OAB, através de Sérgio Duarte Garcia, direcionou Carta ao Congresso Nacional, protestando contra a entrada em vigor do suposto novo Código:

A OAB se manifesta contra um novo Código Civil no momento em que ainda não é possível eleger a Assembleia Nacional Constituinte para fixar as novas bases de um Código renovado. (WALD e OLIVEIRA, 1984, p. 6).

Ou seja, a preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil era a aprovação da Constituição posterior ao Código Civil, que, conforme já visto, geraria um grande contrassenso lógico-legislativo. O papel da OAB colaborou para a paralização da tramitação do Projeto de Código Civil durante o processo da Constituinte.

Pois bem, depois de vinte e seis anos de tramitação no Congresso Nacional, o Código Civil brasileiro foi aprovado e sancionado mediante a Lei nº. 10.406/2002. Miguel Reale utiliza o termo “década perdida” para se referir a tramitação na Câmara Alta até o ponto do Projeto ser arquivado. Resume o coordenador do Código Civil de 2002:

No Senado Federal, que recebeu em 1984 o Projeto nº 118 da Câmara, cumpre dar realce às emendas oferecidas pelo saudoso senador Nelson Carneiro, tendo por objeto a revisão do Direito de Família. Não se deve esquecer que foram essas emendas que levaram a Assembleia Nacional Constituinte a rever em profundidade a organização jurídica da família, depois consubstanciada no admirável Art. 226 da Constituição de 1988. Decisão que merece destaque foi a do senador Antonio Carlos Magalhães que resolveu retirar do olvido o Projeto de Código Civil, confiando a redação geral a um jurista do porte de Josaphat Marinho, que teve a gentileza de contatar-me, bem como ao ministro Moreira Alves, para estudo das 346 emendas pendentes no Senado. Pode-se dizer que foi, então, que se decidiu da sorte do Projeto, porquanto o seu Relatório Geral, para cuja redação ouviu Josaphat vários juristas eminentes, veio permitir o pronunciamento final daquela Casa Legislativa. Voltando o Projeto à Câmara dos Deputados com emendas, entendeu ela que devia tratar também de questões surgidas com a nova Constituição. Para tal fim, foi alterado o Regimento do Congresso Nacional, conforme é

amplamente explanado pelo ilustre deputado Ricardo Fiuza em seu Relatório Geral. Foi desse modo que, até o último instante, o Projeto do novo Código Civil foi atualizado, pronto a ser aprovado e enviado ao presidente Fernando Henrique Cardoso para sua sanção, o que se deu mediante a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (REALE, 2003a).

Esse longo recorte histórico permite uma visão mais clara do que é o Código Civil brasileiro. A tramitação, a paralização, as rejeições são frutos das regras do jogo de trocas, instituído pelo código material, que sempre deve observar o bem comum à sociedade. Compreender o Código Civil é compreender a história político-econômica que o país atravessou. Por mais que o referido seja o centro do Direito Privado, é impossível separar as relações e interações entre a política, a economia e o direito que se fazem presentes na produção e na confecção do Código.

Um ponto de reflexão: se o Código Civil de 1916 é liberal, eis uma esquizofrenia. Primeiro, o Código Civil de 1916 começou a ser esboçado em 1859, isto é, quando o Brasil ainda se encontrava no Império. Segundo, na essência, aquela época o país não era liberal, pelo contrário, era guiado pelo patrimonialismo, clientelismo, coronelismo, caudilhismo, líderes políticos não democráticos, ou seja, em nenhum momento a estrutura social brasileira era liberal. Terceiro, o Brasil não teve revolução burguesa ou qualquer outro elemento fundador do liberalismo e a sua consolidação. Quarto, o Brasil era um país arcaico, que realizou a abolição da escravidão somente vinte anos antes da publicação do Código Civil de 1916. Quinto, era um país consolidado em golpe de Estado e ditaduras. Logo, pode-se afirmar que o Código Civil de 1916 era um código artificial.

O Código de 1916, que supostamente pensava em indivíduos autônomos, preocupava-se essencialmente com a proteção patrimonial. A díade: liberdade e propriedade eram tuteladas de forma absoluta, sem qualquer possibilidade de relativização. Qual é a grande questão: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a chamada da Carta Cidadã, possui esta perspectiva patrimonialista e individualista do código material de 1916? Não.

José Rodrigo Rodriguez, em seu texto *Uma Constituição sem Vencedores: o originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição Brasil* (2019, p. 165-177), deixa claro que a formação da Constituição de 1988, no contexto de crise de hegemonia em razão da pluralidade social brasileira, não possuiu um lado vitorioso. O autor destaca que a rotina da Assembleia Constituinte fora marcada por intensa

participação direta da sociedade nas comissões, que eram responsáveis pela elaboração de inúmeros trechos do texto constitucional. Soma-se, ainda, 120 emendas populares, aproximadamente, legitimadas por 12 milhões de assinaturas, mais de 70 mil sugestões de cidadãos e organizações e mais de 180 audiências públicas que contaram com a ampla participação da sociedade civil¹¹.

O resultado desse fluxo entre a crise de hegemonia advinda do fim da ditadura militar e da redemocratização, gerou essa importante participação da sociedade civil, avalia Marcos Nobre:

Considero a CF de 1988 como expressão de uma crise de hegemonia advinda do fim da ditadura militar e da redemocratização. No caso do processo de redemocratização brasileiro, isso significa que o bloco de sustentação da ditadura militar havia se desagregado, não tendo sido capaz de manter o controle da transição. Mas, ao mesmo tempo, não se formou nesse período um bloco alternativo, capaz de dirigir o processo, isto é, capaz de estabelecer de antemão as regras que devem reger a própria disputa política. Com isso, o processo constituinte foi marcado por novidade como uma intensa e influente participação da sociedade civil organizada, um fenômeno de magnitude única na história brasileira. De outro lado, foi marcado igualmente pela ausência de um bloco hegemônico, o que levava as disputas invariavelmente para *clinchs* políticos. (NOBRE, 2008, p. 98).

Isso levou José Rodrigo Rodriguez afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não possui vencedores:

Estamos diante do que eu denomino *constituição sem vencedores*. Um texto constitucional que acolheu todos os conflitos sociais brasileiros sem decidir nenhum deles com a finalidade de oferecer à sociedade instrumentos para mediar suas disputas por meio do direito, mas sem conceder a vitória final a nenhum grupo social. Por exemplo, o estímulo à livre-iniciativa se fez a par da consagração de uma série de direitos sociais e hipóteses de subsídios estatais às empresas e intervenção do estado na economia, a Constituição estimula o

¹¹José Rodrigo Rodriguez explica o funcionamento participativo da sociedade civil na Assembleia Constituinte: "A sociedade civil organizou-se para participar e acompanhar a Constituinte com a criação de espaços e entidades como o Plenário Pró-Participação Popular na Constituinte, o Movimento Nacional Pela Constituinte, o Movimento Gaúcho Pró-Constituinte. Entidades já existentes também se envolveram com intensidade no processo como o DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, a OAB, a Igreja Católica, organizações de defesa dos direitos da mulher, dos negros e negras, CUT– Central Única dos Trabalhadores, CGT – Central Geral dos Trabalhadores, FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, CNI – Confederação Nacional da Indústria, CONTAG - Confederação Nacional dos Trabalhadores em Agricultura, MST – Movimento Sem-Terra. Até mesmo os empresários, que raramente atuam politicamente de maneira aberta, organizaram-se na União Brasileira dos Empresários, cujo objetivo foi defender seus interesses na Constituinte. Foi criada também a Frente Nacional pela Livre Iniciativa, que teve papel importante na discussão do texto final." (RODRIGUEZ, 2019, p. 170-171).

desenvolvimento do mercado e protege os povos tradicionais, ou seja, para cada valor consagrado na Constituição, podemos encontrar valores concorrente e até mesmo contraditórios (RODRIGUEZ, 2019, p. 172).

Assim, o Código Civil de 2002, de forma necessária, precisava se afastar dos valores puramente patrimonialistas e individualistas que marcaram de forma veemente o Código que lhe antecedeu, formando novas matrizes referenciais, observando os valores dicotômicos existentes na Constituição de 1988, em especial, os direitos e garantias fundamentais e o direito de família. É tarefa inadiável dos civilistas compatibilizar o Código Civil e a legislação especial com o texto constitucional, principalmente, pelos tímidos avanços na seara material civil mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição.

O modelo individualista e voluntarista, consagrado pelo Código de Napoleão e incorporado no Código Civil de 1916, encontrava-se em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX. Os movimentos sociais, o processo de industrialização, a agitação popular - intensificada com a Primeira Guerra Mundial – modificaram profundamente o direito civil europeu, tornando-se inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia, que passou a ter influência em território nacional no século XX:

A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil inteiros setores da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limite a regular aspectos especiais de certas matérias, disciplinando-as integralmente. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante. (TEPEDINO, 2001, p. 42).

Aponta-se que a intervenção do Estado nas relações privadas não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito privado. Muito pelo contrário, garante a possibilidade de interpretação civil-constitucional e revigora institutos, para torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade contemporânea. Nas palavras do relator do Projeto de Código Civil na Câmara dos Deputados, Ricardo Fiúza:

Se me pedissem duas palavras básicas, conceituais a respeito do novo Código, eu diria que, graças a Deus, ele manteve a divisão da

Parte Geral e da Parte Especial e, segundo os princípios da eticidade e boa-fé. Isso reflete sociabilidade do novo Código, a adequação à função social, não só inserida no artigo específico. (FIÚZA, 2000, p. 27).

Ricardo Fiúza manifestou que o Código Civil, enquanto lei geral, apresenta seus comandos de forma aberta, permitindo a função criadora do intérprete, face às transformações sociais. Em cada espaço do Direito Civil há uma reserva para aplicação das matrizes a serem perseguidas no âmbito das relações privadas que objetivam a proteção da pessoa humana: a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

Esses três paradigmas foram reconhecidos por Miguel Reale como três valores éticos fundamentais do Código Civil (REALE, 2005, p. 37), que, aliados à técnica legislativa da cláusula geral, permitem sua expressão na ordem jurídica.

Em um estojo especial guardo o texto do Anteprojeto sistematizado com todas as sugestões que julguei oportuno fazer aos membros da Comissão. Foram elas do mais variado espectro, mas com a nota dominante de firmar no Código as diretrizes da eticidade, socialidade e operabilidade. (REALE, 2005, p. 20).

Como visto, Miguel Reale fazia questão de indicar os princípios ou regramentos básicos que sustentam o atual Código Civil: eticidade, socialidade e operabilidade. O estudo de tais princípios é fundamental para que se possa entender as matrizes que guiam a nossa lei privada. Desta feita, parte-se ao exame da socialidade e da operabilidade para, posteriormente, apresentar uma divisão de capítulo no intuito de sistematicamente tratar: da eticidade, da boa-fé e da sua crítica.

A diretriz da socialidade vem representada pela função social do contrato (art. 421), pela interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão (art. 422), pela natureza social da posse (arts. 1.238 a 1.240), entre outros dispositivos do Código Civil. O objetivo do princípio é superar o caráter individualista, absolutista e egoísta que, conforme analisado, era o norte do Código Civil de 1916, valorizando a palavra *nós* em detrimento da palavra *eu*.

A matriz da sociabilidade é algo dos mais desafiadores do código material. Para entendermos ela, é necessário se socorrer do clássico conceito de direito subjetivo: a expressão de liberdade, o próprio querer, o agir do indivíduo, assegurado pelo ordenamento jurídico. Nos séculos XIX e XX, influenciados pelo positivismo jurídico e individualismo liberal, entendiam os juristas que a justificação de um interesse próprio

se representava pela busca do bem individual, sendo que da soma dos bens individuais chegaríamos ao bem comum. Logo, não se cogitava a solidariedade.

Com o passar dos anos, o individualismo descontrolado transformou-se em egoísmo e, os ideais supostamente libertários e de igualdade formal, das constituições burguesas acabaram por esconder uma ordem jurídica profundamente absoluta, exclusivista, fechando o espaço de atuação somente para determinados agentes sociais, que detinham patrimônio.

Exemplo disso é o artigo 524 do Código Civil de 1916, que disciplinava os atributos da propriedade: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Ao ser confrontado com o seu suposto correspondente do Código Civil de 2002, constata-se a substancial mudança de chave no ordenamento jurídico: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (art. 1.228). E, ainda, no parágrafo único do mesmo dispositivo encontra-se a seguinte ordem: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”.

Do confronto entre as duas normas, pode-se perceber que não existe mais a previsão da existência de direitos relativos ao uso, fruição e disposição da coisa, mas sim de faculdades jurídicas, abrandando o seu sentido, para adequá-la aos novos parâmetros estipulados pelo legislador, que objetivou a substituição de algo que era absoluto no passado e que deixou de ser, em certos casos. Ou seja, a alteração conceitual demonstra certo rompimento do caráter individualista da propriedade, que prevalecia no Código anterior, pois a retirada da expressão direitos fazia alusão ao absolutismo da propriedade.

O paradigma do individualismo e do absolutismo da vontade, que assegurava integralmente os aspectos patrimoniais dos sujeitos de direito, por exemplo, o proprietário, ocupava a sistemática antiga. Contudo, os ordenamentos jurídicos propostos após a Segunda Guerra Mundial enxergaram que a todo o direito subjetivo deverá necessariamente corresponder a uma função social, ou seja, a atividade do indivíduo deve contribuir para a manutenção e melhoria da continuidade estrutural da sociedade.

Os grandes ícones do Direito Privado passaram a receber uma denotação social: a família, o contrato, a propriedade, a posse, a responsabilidade civil, a empresa, o testamento. Limites passaram a ser impostos ao exercício de direitos subjetivos e eles serão dados pela própria sociedade. É exatamente nesse momento em que a solidariedade social precisa dialogar com a autonomia privada, carecendo uma conciliação entre a liberdade e a igualdade material e concreta.

Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 178) indica que ao direito da liberdade da pessoa será sopesado com o dever de solidariedade social, que pode ser vista da seguinte forma:

expressão mais profunda de sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós. (MORAES, 2001, p. 178).

Judith Martins-Costa (2002, p. 144) complementa ao dizer que na atualidade não existem mais dúvidas de que o Direito Civil é marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária. Tanto é que, há uma relação de complementariedade entre a estrutura do direito subjetivo e a sua função social. A função social representa um limite interno e positivo ao direito subjetivo, nas lições de De Farias e Rosenvald (2014, p. 49): “interno, pois ingressa na própria estrutura do direito subjetivo, concedendo-lhe dinamismo e finalidade; positivo, pois a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo.”

Além disso, é fundamental ler o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para atribuir um significado coerente das tábuas de valores do ordenamento, no intuito de transformar efetivamente a realidade social a partir das relações jurídicas privadas, observando os ditames da solidariedade e da justiça social (TEPEDINO, 2002, p. XXXIII).

De forma ilustrativa, De Farias e Rosenvald compararam o paradigma da socialidade com a atuação irretocável de uma orquestra:

Cada membro da orquestra porta o seu instrumento, cada qual com uma finalidade. O maestro deverá reger sem a vaidade de sobrepor-se aos músicos, mas apenas para encaminhar a perfeita execução da harmonia, cujos limites encontram-se na partitura. Traduzindo: o Estado está a serviço da pessoa, ele existe para possibilitar as nossas

relações, através da construção de princípios jurídicos éticos. Em contrapartida, cada um de nós deverá atuar em solidariedade e cooperação com os semelhantes. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 50).

É na relação intersubjetiva de cooperação entre os indivíduos pertencentes em cada relação jurídica em conjunto com a sociedade, que a socialidade aparece. O seu propósito é claro: espera-se que ao final de cada relação jurídica seja possível a consecução do bem comum.

A matriz da operabilidade ou concretude também se satisfaz na superação do individualismo, explica-se: a perspectiva liberal adotada no Código Civil de 1916 causava um abismo entre o abstrato e o real. O sujeito somente era dotado de personalidade quando adquiria direitos subjetivos patrimoniais, limitando o desenvolvimento da personalidade como fruto da expansão do patrimônio. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicitam:

Em suma, negava-se a especificidade e a concretude de cada pessoa, de cada ser humano, prestigiando-se apenas o *status* formal de cada integrante da relação jurídica. Não havia João e Maria, mas o contratante, o proprietário, o cônjuge; todas as pessoas neutras e indiferentes, bem caracterizadas nos clássicos exemplos que faziam menção a Caio, Tício e Mévio. Equivale a dizer: o Direito Civil ignorava as particularidades de cada pessoa, tratando a todos como se fossem rigorosamente iguais. A norma, enfim, aplicava-se genericamente a quem quer que se titularizasse em uma determinada situação patrimonial. (2014, p. 54).

O Código Civil de 2002, seguindo a tendência de facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos nele previstos, tenta afastar um tecnicismo jurídico exacerbado, para atingir a simplicidade e garantir maior efetividade do sistema. Miguel Reale explicita a construção do princípio no seguinte trecho:

Pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo, distinção entre associação e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos. Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige proibidade, boa-fé ou correção ('correttezza') por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo (art. 575). (REALE, 2002, p. 1)

Reale entendia que o direito somente se realiza em sua concretude, ensinando que: “o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação da norma” (REALE, 2002, p. 1).

O objetivo da atual codificação material é atingir a pessoa como destinatária final e direta da norma jurídica. Eventuais desigualdades materiais no contexto de inserção social de cada indivíduo serão demasiadamente importantes para que a sentença consiga dar concretude e efetividade a todos. Garante-se, assim, uma verdadeira segurança jurídica ao jurisdicionado.

Afasta-se o preciosismo gramatical do Código de 1916 ao passo que entra em cena a praticidade e a efetividade, a estética cai, mas a operabilidade ascende. Clássico exemplo da busca da concretude é a facilitação da distinção entre prescrição e decadência, pode, atualmente, o estudioso do direito entender as distinções existentes entre os institutos e identificar com facilidade se determinado prazo é de prescrição ou de decadência (arts. 189 a 211 do CC/2002), não necessitando mais das dificultosas interpretações que o Código Beviláqua impunha.

3 DA ETICIDADE E DA BOA-FÉ: O PRINCÍPIO NORTEADOR E A SUA CONCRETIZAÇÃO

A eticidade é princípio que está posto no Código Civil de 2002 com grande intensidade, o “espírito” legislativo era garantir maior efetividade e eficácia em detrimento do exagerado formalismo do Código Civil de 1916. Pautou-se a conduta para inserir normas refletidoras da vinculação do homem na prática de suas relações privadas aos ditames dos valores constitucionais da boa-fé, da equidade, da justa causa, da dignidade, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade, da honestidade nas relações jurídicas de direito privado.

Tais aspectos estão firmados de forma intensa e definitiva na sistemática civilista. Uma nova ordem hermenêutica surgiu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, conferindo ao juiz a atribuição de pautar as suas decisões com uma carga maior de valores éticos tendo “o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores” (REALE, 1999a, p. 9). Assim, interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a ideia de justiça aplicada no plano

concreto se torne realidade. Passa-se ao estudo dos institutos da eticidade e da boa-fé.

3.1 A ETICIDADE COMO PARADIGMA: UMA BREVE LEITURA SOBRE A ÉTICA

A eticidade é um paradigma do Código Civil de 2002, fato que demonstra o abismo existente com a sistemática de 1916. Definir ética é um trabalho árduo, em razão das inúmeras matrizes e interpretações existentes sobre o tema. Para fins didáticos, a ética pode ser vista como um tipo de saber que pretende orientar a ação humana em um sentido racional. É um saber para atuar de um modo racional.

Um passo atrás: a Teoria Tridimensional de Miguel Reale pode ser vista como uma teoria onto-axio-gnosiológica do ser jurídico, isto é, o autor dissecou o ser jurídico em uma dimensão ontológica, bem como há uma dimensão axiológica, pela qual Reale comprova que a essência do fenômeno jurídico é sempre e necessariamente valorativa e, portanto, interpretativa. Além disso, há uma dimensão gnosiológica, que representa a esfera normativa, qual seja, a própria forma de conhecimento do ser jurídico, que é a realidade normativa. Por tal motivo, a Teoria Tridimensional do Direito integra o culturalismo jurídico¹²:

A Teoria Tridimensional de Miguel Reale, na verdade, é a principal manifestação do culturalismo jurídico de Miguel Reale. Com isso queremos dizer que na Teoria Tridimensional do Direito há uma dimensão ontológica, pela qual Reale dissecou o ser jurídico, há uma dimensão axiológica, pela qual Reale demonstra que a essência do fenômeno jurídico é sempre e necessariamente valorativa e, portanto, cultural. Por fim, há uma dimensão gnosiológica, que representa a esfera normativa, isto é, a forma própria de conhecimento do ser jurídico, que é a realidade normativa. A Teoria Tridimensional do Direito insere-se no âmbito do Culturalismo Jurídico. Contudo, é forçoso reconhecer-se que o Culturalismo Jurídico de Reale, tornou-se, em sua forma acabada, uma teoria inovadora do Direito e da justiça, em diversos aspectos, distinta do Culturalismo Jurídico da Escola do Recife, e que alcançou um sentido e um significado próprio e original no Brasil. (GONZALES, 2000, p. 4).

¹² Para melhor compreensão do culturalismo jurídico no Brasil ver: <https://www.unimep.br/phpg/mostracademica/anais/4mostra/pdfs/145.pdf>

O culturalismo jurídico foi uma corrente que surgiu a partir do pensamento kantiano. Kant, em sua obra *Kritik der Sitten*, observou que “a produção livre, em um ser racional, da capacidade de escolher os próprios fins em geral e, conseqüentemente, de ser livre, deve-se à cultura.” (KANT, 1985, p. 83). As obras do autor alemão influenciaram severamente o pensamento de Miguel Reale. Da análise do Código Civil de 2002, penetração do culturalismo jurídico no instituto da função social do contrato, expresso no artigo 421¹³, bem como no próprio princípio da boa-fé, decorrente da matriz eticidade.

Inobstante, o presente trabalho partirá para uma base teórica diferente, com o intuito de garantir robustez a pesquisa. O recorte teórico do trabalho é a teoria crítica alemã e Axel Honneth, que serão aprofundados no próximo capítulo, logo, é indubitável entender a ética do discurso proposta por Jürgen Habermas.

Para o autor, em seu texto *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*, de 1989, a ética parte da questão que se põe ao indivíduo, quando ele precisa de orientação dentro de uma determinada situação presenciada, isto é, quando este se encontra diante de uma tomada de decisão, ao se questionar: como devo me comportar?

A ética, para Habermas, refere-se a valores e concepções de bem viver, partilhados por determinada coletividade, que deve ser analisada a partir do próprio contexto social que ela está submetida. Com a diminuição da importância da religião como único fator de integração social, na modernidade, as sociedades passaram a se organizar em diferentes extratos sociais. Isso significa que a cada espaço social existe uma vivência diferenciada, um ambiente de integração de valores comuns partilhados por seus membros. Logo, o *ethos* passou a ser delimitado pela diferenciação de valores e pela pluralidade das formas de viver.

Assim, o uso ético da razão prática diz respeito às concepções de bem viver dentro do próprio contexto social. Quando o indivíduo busca uma resposta na ética da questão: como devo agir nessa situação? Ele deve fundamentar o seu ponto de partida da ação com base no aceite ou não da atitude em relação ao ambiente em que está inserido.

Percebe-se que a tomada de decisão por parte do indivíduo pode parecer correta para uma determinada comunidade e errada para outra. Portanto, a ética não

¹³ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

se confunde com a moral, que pode ser vista e representada na resposta da seguinte pergunta: O que devo fazer? Ao agir pautado pela moral – universalizado, busca-se o justo. Isto é, ainda que o sujeito possua valores pessoais, ele poderá tomar uma atitude contrária as suas próprias crenças para se pautar na justiça. Portanto, a moral representa um conceito não relativizado, passível de ser atingido por todos os agentes, na busca pelo ideal do justo.

Na etimologia, ética é derivado de *ethos*. No contexto da cultura grega, existiu duas variações de grafia: (i) *êthos*, grafado com eta, que remonta a Homero, século VII a.C.; e (ii) *éthos*, com epsílon, a Ésquilo (525-456 a.C.), o fundador da tragédia grega. O primeiro a reconhecer a variação foi Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*. Apesar da semelhança semântica, *êthos* designa o que é habitual, corriqueiro, usual (*mores*); enquanto, por sua vez, *éthos*, representa a ideia de costume, resultando o vocábulo latino *suetus* (*consuetus*)¹⁴.

Dessas duas derivações dois caminhos podem ser traçados. Quando tratamos do *éthos* (*suetus*), estamos falando da expressão de algo, dado no tempo e transferido de geração para geração como um bem valioso, ou seja, hábitos ou costumes. Além disso, deriva-se a ideia do assento de determinado lugar, onde se erige a morada do indivíduo com o seu grupo social tradições, crenças etc. Foi exatamente nesse sentido que o *éthos* ascendeu como algo consuetudinário.

Por sua vez, o *êthos* (*mores*) passou a designar um modo filosófico de pensar os usos e os costumes. Ou seja, um ajuizamento crítico, que passou, ao longo dos séculos, a ser referência aos conceitos de bem e de mal, de justo e injusto, de belo e feio, a conduta humana propriamente dita.

Nem o *suetus* e nem o *mores* são expressões do universal, mas do doméstico, enquanto modo de ser e de se dispor na vivência. O Código Civil de 1916 restringiu os comportamentos éticos, pois foi influenciado severamente pelo formalismo jurídico do século XIX, não se questionava eventual fundamento axiológico por trás da norma. A sistemática passada limita-se a representar um sistema fechado, que não admitia o ingresso do metajurídico, através de valores sociológicos e filosóficos, capazes de oxigenar o ordenamento jurídico.

¹⁴ Para maior aprofundamento, sugere-se o seguinte texto: SPINELLI, Miguel. Sobre as diferenças entre *éthos* com epsílon e *êthos* com eta. In: **Trans/Form/Ação**. 32 (2), 2009, p. 9-44. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-31732009000200001>.

Os códigos positivistas não são marcados pelos influxos valorativos, isto é, não se dizia se determinada norma é justa ou injusta. O formalismo era justificado no receio do arbítrio dos juízes. Inobstante, a burguesia buscava a estabilização do sistema jurídico para a não interferência nas relações de comércio e o desenvolvimento da atividade capitalista. Emerge a teoria da subsunção, bem criticada por Pietro Perlingieri:

A ideologia da subsunção consentiu mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina. (PERLINGIERI, 1999, p. 68)

A máscara do formalismo excessivo serviu como um autoritário modelo de imposição de ideias de determinada classe, no caso, a burguesia. A técnica positivista de reduzir o direito ao positivado gerou grandes desequilíbrios: as classes dominantes eram privilegiadas, na medida em que o ordenamento correspondia aos seus ideais. Os magistrados limitavam-se ao simples papel de certificador da subsunção. Com o passar dos séculos, verificou-se que em nome do Direito atrocidades poderiam ser cometidas, fato que motivou a evolução da ciência.

O Código Civil de 2002 distancia-se do tecnicismo institucional, quando valoriza e reconhece a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado, deixando de lado a valorização em excessivas formalidades. Por tais motivos, encontramos preceitos genéricos e cláusulas gerais, sem a preocupação da subsunção perfeita entre normas e fatos.

Mas qual é a vertente ética adotada pelo Código Civil de 2002? Para José Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, é a corrente kantiana:

O tipo de Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência. (DELGADO, 2003, p. 177).

Contudo, Kant limitou-se a questão da moralidade subjetiva¹⁵, quando da fixação do princípio supremo do agir moral. Vislumbra-se que a visão hegeliana é

¹⁵ Em seu livro *A Crítica da razão pura*, Kant estuda o problema do conhecimento; já na obra *Crítica da razão prática*, propõe a descobrir e expor o princípio fundamental da moralidade. Na teoria kantiana,

muito mais adequada para entender a sistemática civilista, isso porque a preocupação de Hegel é determinar as condições de responsabilidade na subjetividade e, na eticidade, mostrar o desdobramento objetivo das vontades livres. Na visão de Thadeu Weber (1999), enquanto Kant se ocupa com os princípios do agir; Hegel se preocupa com os desdobramentos, circunstâncias e consequências dele. Logo, as consequências e os resultados são ignorados por Kant, fato que não pode servir de fundamento do princípio supremo da moralidade.

O termo eticidade faz muito mais sentido ao ser creditado na literatura hegeliana, tendo em vista que o próprio autor respondeu o que ela é, em sua *Filosofia do Direito*: “que a minha vontade seja posta como adequada ao conceito e com isso superada e guardada sua subjetividade” (HEGEL. *Rechtsphilosophie*, § 142, p. 106-107 *apud* WEBER, 1997, p. 107).

Para Hegel, a eticidade trata das determinações objetivas ou da medição social da liberdade, com conteúdo e existência superior ao das opiniões individuais subjetivas. Se na moralidade o sujeito é avaliado a partir de critérios subjetivos determinantes no seu agir; na eticidade ele pode ser considerado como membro de certa comunidade ética, qualificando-se a partir de determinações objetivas – dos resultados e das consequências – de suas ações. Em sua obra *O Sistema da Vida Ética*, Hegel expõe:

Mas a intuição desta ideia da eticidade, a forma em que ela aparece do lado da sua particularidade, é o povo. Há que conhecer a identidade desta intuição e da ideia. É no povo que está posta de um modo absolutamente formal a relação de uma multidão de indivíduo, não uma multidão sem relação, nem uma simples pluralidade; não é uma multidão sem relação, uma multidão em geral não estabelece a

não há distinção entre moralidade e eticidade, o autor busca estabelecer um princípio supremo da moralidade, que não pode se fundamentar nas consequências dos atos praticados pelos sujeitos. Trata-se de uma moral formada por uma série de normas, costumes e formas de vida que se apresentam como obrigatórias, por tal motivo Kant a definiu como “imperativo categórico”, que busca fundamentar as obrigações morais dos homens em aspectos da razão pura que se torna prática. A ética kantiana é uma ética formal, vez que prescindir de elementos empíricos e se fundamenta na razão, ou seja, cuida-se de uma ética estritamente racional. Para Kant, a razão pura se manifesta por meio de juízos analíticos e juízos sintéticos, os primeiros explicativos; os segundos, extensivos e complementares ao conhecimento; são predicados que não estão contidos nos sujeitos e, seus fundamentos de validade somente podem ser encontrados no mundo empírico. Por sua vez, o comportamento moral do indivíduo, não pode encontrar sua fundamentação em alguma forma de conhecimento que tenha relação com a razão pura, afinal não é possível a eles chegar por meio de juízos analíticos ou explicativos, tampouco por meio de juízos sintéticos. Em razão disso, Kant defendeu a necessidade de se buscar outra forma para justificar a moral, elaborando uma teoria ética que tem por base a razão prática, afastando qualquer possibilidade de fundamentação da obrigação moral na natureza do homem ou nas circunstâncias do universo em que se encontre; o agir moral, em Kant, não poderá jamais estar subordinado aos fins exteriores da conduta. (MACEDO, 2012, p. 113-125).

relação que existe na eticidade, a subsunção de todos num universal que teria realidade para a sua consciência, que seria só coisa com eles e teria sobre eles poder e doação, tanto quanto eles quisessem ser singulares, que seja amistosa ou hostilmente idêntica com eles; mas a multidão é singularidade absoluta, e o conceito da multidão, por eles serem uma só coisa, é a sua abstração, a eles estranha, fora deles; também não é uma simples pluralidade, pois a universalidade em que eles são uma só coisa é a indiferença absoluta; numa pluralidade, porém, não está posta a indiferença absoluta, mas a pluralidade não é a absoluta multiplicidade, como exibição de todas as diferenças, mediante cuja totalidade apenas se pode realmente exibir e ser uma indiferença universal. (HEGEL, 2018, p. 63).

Na eticidade, segundo Hegel, enquanto identidade da vontade universal e particular, existe uma equivalência entre deveres e direitos. O universal, ao se concretizar, acaba se individualizando. Portanto, a concretização sempre se dá num conteúdo determinado, num povo, numa comunidade ética, numa instituição, ao passo que a universalidade kantiana permanece no plano formal e, por isso, meramente abstrato.

O direito em Kant possui uma peculiaridade. O plano epistemológico kantiano apresenta a seguinte estrutura: (i) plano da razão teórica, que não pode se desvincular do empírico; e (ii) plano da razão prática, que não pode ficar limitada ao empírico¹⁶. Neste ponto, Kant faz uma importante diferenciação entre a ética e a moral, evitando a confusão entre facticidade e validade, na visão de Habermas. Surge a dualidade de cumprimento da norma jurídica, seja a obediência da lei por questões não morais – estrita legalidade – ou por respeito à lei. Observa-se que a mencionada dualidade representa a distinção da norma, sem o reconhecimento do seu conteúdo moral (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 127). Habermas utiliza a dualidade kantiana em termos de validade social ou fática e legitimidade, Clodomiro Bannwart explicita bem a relação:

A validade social ou fática (*Geltung*) é determinada pelo grau de aceitação da norma jurídica no contexto em que ela terá atuação. É importante notar que Habermas registra não se tratar da facticidade de formas de vida amparadas pela tradição, mas sim de uma facticidade artificial construída sob a sanção ou ameaças aplicadas pelo judiciário. Então não se trata de um mundo da vida tradicional, mas de um mundo da vida fragmentado e disperso em que a norma jurídica encontra-se respaldada muito mais na artificialidade da coação do que propriamente em valores e costumes tradicionais. É a

¹⁶ Por empírico, aqui, entende-se aquele conteúdo de fundo valorativo, costumeiro e tradicional pautadas sob a rubrica de expressões culturais e religiosas.

demonstração da desarticulação entre eticidade e direito, da ruptura entre facticidade e validade do ponto de vista das normas (abstratas) e dos valores (concretos). (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 127).

Por sua vez, a legitimidade encontra-se numa relação de independência com a norma. Ela se impõe de forma tácita, sem intimidação, coerção, costumes, valores ou qualquer pretensão metafísica. É fundamental entendermos, desde já, que é da tensão entre facticidade e validade que se extrai a seguinte conclusão: se a coerção for exacerbada, como faz o positivismo, o direito tende a ser servil ao poder, e se for acentuada a validade (correção), o direito tende a servir à moral. Assim, o direito deve conviver no equilíbrio e a serviço dessas duas relações.

Toda a construção da eticidade será devidamente reconstruída no próximo capítulo, utilizando-se da teoria proposta por Axel Honneth, discípulo de Hegel. Há de se afirmar, desde já, que nas sociedades modernas e liberais, prevalece uma máxima: os indivíduos somente serão pessoas independentes e dotadas de uma vontade própria, quando são portadoras de direitos subjetivos, que lhes concedam uma “margem de ação que, protegida pelo Estado, lhes possibilite uma prospecção de suas propensões, preferências e intenções” (HONNETH, 2015, p. 128).

Os direitos subjetivos se transformaram significativamente nas últimas décadas, em razão das sucessivas pressões exercidas pelos movimentos sociais e argumentos político-morais sobre determinadas categorias liberais, que permitiu a adição de novas categorias complementares. A Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil são exemplos dessa transposição.

A teoria da subsunção, já analisada, na Europa dos séculos XVII e XVIII, permitiu que privilégios normativamente postos fossem aplicados de forma injustificada em razão de interesses corporativos, já que os direitos subjetivos eram garantidos e sancionados pelo Estado, fato que assegurava a autonomia privada para um seleto grupo. A aceitação dessas normas era resultado meramente racional-finalista, não se demandava assentimento moral, nem dependia de um acordo ético.

O Código Civil de 1916, influenciado por tal vertente, não se preocupou severamente com qualquer conteúdo ético da norma, limitando-se ao tecnicismo. Por tal razão, é perfeitamente válido dizer: o Código Civil de 2002 mudou a chave do ordenamento jurídico quando implementou as três matrizes: socialidade, operabilidade e eticidade.

Resultado de dois processos históricos que tramitaram de forma concorrente: ao mesmo tempo que se ampliava a aquisição de direitos subjetivos por outras categorias; o Estado Democrático de Direito ascendeu, permitindo que os destinatários dos direitos positivos se compreendam simultaneamente como seus autores.

É nítido que existe um contato entre a aquisição de direitos subjetivos e a ascensão do Estado Democrático de Direito, contudo, eles se complementam. Tratá-los de forma equivalente, isto é, sob a mesma categoria de condições de justiça social, pode gerar uma confusão, pois quando destinatários – direitos subjetivos – os sujeitos podem, em princípio, fazer uso puramente privado dos direitos que lhes foram outorgados, independentemente de qualquer interação social; enquanto, por sua vez, na condição de autores – Estado Democrático de Direito -, eles podem se entender apenas na cooperação ativa com outros partícipes do direito. Gerando a seguinte dicotomia:

Essa assimetria estrutural explica a circunstância peculiar de que o ordenamento jurídico moderno e igualitário deve aqui ser dividido em duas esferas garantidoras de liberdade, que, com base nas diferenças em sua arquitetura e infraestrutura, podem configurar dois polos opostos de nossa busca por uma reconstrução normativa da eticidade democrática. Essa reconstrução deve iniciar com o modo pelo qual o sistema do direito garante aos indivíduos um espaço de autonomia privada, onde possam se resguardar de todos os deveres inerentes a seus respectivos papéis e vinculações para reconhecer o sentido e a direção da condução individual de suas vidas; ao final, de nossa reconstrução, assomar-se-á então, mais uma vez, de um ponto de vista bem diferente, o mesmo sistema jurídico, uma vez que aos cidadãos e cidadãs, partícipes da sociedade é concedida uma autonomia coletiva pela qual, em cooperação como sociedade civil, deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concebidos e como deverão ser implementados. (HONNETH, 2015, p. 130).

A mencionada reconstrução, refere-se ao que Honneth denomina reconstrução normativa, que será analisada no próximo capítulo. Porém, a utilização do sistema jurídico, como instrumento de facilitação da autonomia coletiva, só poderá aparecer em relação às esferas institucionais da liberdade social, portanto, no âmbito do que Hegel chamava de eticidade.

Compreender o sentido ético da liberdade jurídica e a sua relevância para uma concepção de justiça social, importa em identificar a função de seus elementos jurídicos essenciais para a constituição da autonomia privada. A soma dos direitos

subjetivos, atualmente, permite que se compreenda o sujeito individual em sua coesão interna como resultado de um esforço para criar uma esfera protegida de intromissões externas, sejam elas estatais ou não estatais, no âmbito do qual ele – indivíduo – possa se reconhecer e comprovar a sua própria concepção de bem, liberto de qualquer imposição comunicativa. Assim, por trás da liberdade negativa se oculta o direito do indivíduo do século XXI a exploração puramente privada da sua própria vontade, possuindo um caráter limitador, na visão de Honneth:

Esse modo de liberdade se depara com um limite, uma vez que, para determinar com precisão suas próprias metas sempre, é necessária uma forma de interação social para a qual não é a liberdade jurídica que oferece as oportunidades; desse modo, para a sua realização efetiva, a liberdade jurídica depende sempre de complementações por meio de comunicações, ameaça excluir os indivíduos com base em sua estrutura privatista. (HONNETH, 2015, p. 131).

Como consequência de limitar a liberdade apenas em direitos individuais, existe um possível caminho de minar as redes existentes de relações sociais, pois, se a liberdade é meramente uma reivindicação de direitos, significa supor que os deveres, as vinculações e as expectativas informais e não jurídicas nada mais são que um bloqueio de sua própria subjetividade.

Por tal motivo, o presente trabalho é proposto: transpor a limitação da boa-fé através do método da reconstrução normativa para, ao final, complementarmos a estrutura meramente privatista, com base na comunicação e no reconhecimento. Para isso, faz-se necessário um estudo sobre a boa-fé, suas supostas diferenciações, no intuito de demonstrar a real necessidade de uma boa-fé intersubjetiva.

3.2 DA BOA-FÉ: A CONCRETIZAÇÃO DA ETICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A concretização da matriz eticidade pode ser percebida em vários dispositivos do atual Código Civil. Valorizam-se as condutas éticas, sobretudo, quando da conduta de lealdade das partes negociais, denominada de boa-fé objetiva, pelo conteúdo da norma extraída do artigo 113 da codificação privada: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Miguel Reale chegou a dizer que a mencionada norma seria um artigo-chave do Código Civil:

Desdobrando-se essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos 'usos do lugar de sua celebração'. (REALE, 2005, p. 240).

O artigo 167, § 2º, situado na Parte Geral do Código Civil, anuncia que estarão protegidos os direitos de terceiro de boa-fé em face dos contratantes do negócio jurídico simulado. Aliás, todos os negócios jurídicos devem se curvar à boa-fé, sob pena de nulidade.

Além disso, o artigo 187 disciplinou o abuso de direito, ou seja, aquele que contraria a boa-fé será responsabilizado. Outro importante dispositivo é o artigo 422 do Código Privado, que prevê a boa-fé como integradora das fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Enfoca Miguel Reale:

Frequente é no Projeto a referência à probidade e a boa-fé, assim como à correção ('correttezza') ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico. (REALE, 2002, p. 1).

O Código de Processo Civil de 2015 faz menção expressa ao instituto da boa-fé, especialmente a de natureza objetiva, em vários dispositivos. Destacam-se os artigos 5^{o17}, 6^{o18} e 10¹⁹ do estatuto processual emergente.

Mas o que é a boa-fé? Um conceito complexo, histórico e elástico, que muito se fala, mas pouco se define. Enraizada nos dizeres populares, foi emprestada pelo Direito na tentativa de solucionar determinados conflitos que nem sempre guardam relações com o termo.

¹⁷ Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹⁸ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Robert Vouin (1939, p. 38) expressava que a boa-fé não tinha um sentido perfeito e caso ele existisse, seria impreciso e incompleto. Por sua vez, Puente y Lavelle se questionou:

Segue a dúvida a respeito do que é realmente o princípio da boa-fé. É ausência de dolo ou culpa? É a honradez? É sinceridade? É colaboração? É fidelidade? É veracidade? É moralidade? Realmente parece ser tudo isso junto, tanto que assim que, com diversos matizes, apresentam-se tanto na boa-fé objetiva quanto na boa-fé subjetiva. (PUENTE Y LAVELLE, 1991, p. 26 *apud* TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 75).

Judith Martins-Costa (2018, p. 41) ensina que a própria legislação utiliza a boa-fé em diversas situações, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma acepção objetiva, como *standart* jurídico e como regra de comportamento, podendo ser considerada um sintagma, ou seja, uma expressão de significado inacabado.

Nos tempos modernos, a palavra boa-fé está intimamente ligada à fidelidade, ou seja, a ideia de que determinado indivíduo cumprirá a sua palavra. No Brasil, para Antônio Junqueira de Azevedo (1992, p. 85), a boa-fé possui grande aplicação na prática, em razão da ampla utilização das expressões “boa-fé” e “má-fé” nos ditos populares quando nos referimos a determinada conduta pessoal na realização de negócios jurídicos.

A boa-fé é um importante valor social e é possível encontrá-la em três sistemas de ordenação da convivência humana: (i) a religião; (ii) a ética; e (iii) o direito. Destaca Eduardo Tomasevicius Filho:

O direito ora se valeu das noções religiosas de boa-fé ora de noções éticas de boa-fé, conforme a época histórica e a finalidade para a qual se invocava esta ideia. Nos dias atuais, tem-se uma boa-fé jurídica, que tende a não mais se apoiar nas suas homólogas religiosa e ética. Por outro lado, o discurso sobre a boa-fé, devido à importância que se dá a essa instituição jurídica, está saturado e sobrecarregado de redundâncias informacionais, dando-se muita importância ao que não é tão importante, em especial ao que se fez no século XX, o que faz, de certo modo, com que se perca de vista o modo como esta evita problemas quando respeitada, e como os problemas são solucionados, quando esta é violada. (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 76).

Do referido ensinamento extrai-se uma importante lição: o conceito de boa-fé está sobrecarregado de redundâncias informacionais, fato que gera um reducionismo ao instituto. O objetivo do trabalho é ir além, enxergar uma reconstrução normativa da boa-fé, na tentativa de implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade.

António Manuel Menezes Cordeiro (1984, p. 54-58) explicita que os três principais prismas semânticos da boa-fé se concentraram na *fides sacra*, na *fides facto* e na *fides ética*. A *fides sacra* está intimamente ligada a Lei das Doze Tábuas²⁰, no culto da deusa Fides e na análise dos poderes atribuídos ao *pater*. Por sua vez, a *fides facto* reside na determinação de se apresentar despida de conotações religiosas ou morais, vinculada à noção de garantia. E, finalmente, a *fides ética* implica o sentido de dever, ainda que não recebida pelo direito, vinculando-se à ideia de garantia que colore a *fides facto*.

A gênese da boa-fé é associada ao contexto religioso romano, por meio da deusa Fides. Sabe-se que no direito romano, o ato de dar as mãos consagrava compromissos e negócios. Com as mãos entrelaçadas, fazia-se o *ius iurandum* (juramento) do qual resultava o *foedus* (aliança). Esse ato representava a presença da deusa Fides, que impunha aos romanos o dever de agir com lealdade e honestidade.

Muito além disso, a expressão polissêmica passou a ser entendida como confiança, mas, também, como colaboração e auxílio mútuo – na relação entre iguais – e como amparo ou proteção – na relação entre desiguais -; como lealdade e respeito à palavra dada; como fundamento de virtude cívica e justiça; como o caminho de ligação entre os membros de determinada comunidade; e, ainda, como instrumento jurídico, se manifestando amplamente em todos os níveis técnico-jurídicos, políticos e sociológicos da cultura romana, constituindo o seu valor ético fundante (MARTINS-COSTA, 2018, p. 54).

Marco Túlio Cícero (106 a.C. – 43 a.C.), em um dos trechos de *Dos Deveres*, afirmou que o “alicerce da justiça é a boa-fé, ou seja, a sinceridade nas palavras e na lealdade nas convenções. [...] Cremos que fé vem de fazer, porque se faz o que se diz.” (CÍCERO, 2005, p. 37). A referida ideia foi vinculada, em um primeiro momento,

²⁰ A norma segunda a qual *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (tradução livre: Se um patrono tiver cometido alguma fraude contra o seu cliente).

ao cumprimento do contrato conforme a sua estipulação firmada entre as partes: o *pacta sunt servanda*, termo que não existia à época.

Trata-se de cláusula formular de tutela da atividade negocial (*oportere ex fide bona*) e princípio de integração dos deveres contratuais (*bonae fidei interpretativo*, e *bonum et aequum*). Vários são os recortes possíveis da utilização da boa-fé no direito romano, contudo, destaca-se o domínio nos negócios contratuais: a incidência no Direito Obrigacional, em especial, nos contratos bilaterais e nos negócios pactuados entre romanos e estrangeiros.

As relações estabelecidas entre o comércio implicavam necessariamente na observância dos deveres de lealdade e obediência por parte do *cliens* em troca da proteção que lhe era dada pelo cidadão. Destaca Martins-Costa (2018, p. 56):

Traduzindo a relação entre pessoas juridicamente desiguais – o cidadão livre (patrício) e o cliente -, essas relações são dominadas pela *fides* compreendida tanto como poder do patrão (poder de direção) e dever do *cliens* (dever de obediência), quanto sob a forma de promessa de proteção, ato pelo qual uma pessoa era recebida na *fides* doutra, o *cliens* recebendo a proteção do patrão. Mostra-se aí a atuação da boa-fé em relação que, hoje, diríamos assimétricas.

A *fides*, por sua vez, traduzia um valor fundamental: a *fides* como garantia da palavra dada. Essa ligação era plenamente aplicável às relações negociais, em especial, entre os contratos internacionais, isto é, naqueles acordos realizados entre Roma e outras cidades, ou entre cidadãos romanos e estrangeiros e regulados pelo gesto de estender a palma da mão direita, sacramentando o pactuado; na atuação estrutural em negócios típicos, por exemplo, a compra e venda, a *fidúcia*, a *societas* e o *mandatum*; e na função interpretativa e integrativa dos contratos.

Além disso, a *fides* estava presente nas relações intrasubjetivas e intersubjetivas, algo que será mais bem explorado no próximo capítulo.

Posteriormente, o direito canônico utilizou-se da boa-fé para designá-la como a ausência de pecado. Um fato importante: os canonistas viam o direito de um ponto de vista subjetivo, no qual era importante a intenção em si. Desta feita, as legislações também passaram a se socorrer a moral e a ética para definir boa-fé:

Buscou-se deliberadamente este apoio como meio de promover o avanço do direito sem que houvesse necessidade de mudança legal, porque o uso de definições de boa-fé fortemente inspiradas na moral, tem forte apelo emocional, conferindo legitimidade à argumentação.

Volansky definiu a boa-fé como o aspecto social da honestidade, em que se analisa o estado de consciência resultante da conformidade existente entre a vida humana e a moral. Sacco entendeu a boa-fé como consciência de agir da pessoa honesta ou a vontade de não lesar o próximo. Colombo, por sua vez, disse que a boa-fé seria um *standard* de comportamento que reflete a moralidade do tempo e lugar em que é considerada. [...] Alípio Silveira definiu a boa-fé como um conceito ético-social, que se refere à moralidade na conduta dos indivíduos; agir de boa-fé significaria valorar moralmente esta conduta. Por fim, Camila Gonçalves considerou que a ideia aristotélica de ética como conduta, fez com que a boa-fé, em sentido ético tivesse significado de amor e respeito à verdade, não de modo absoluto, mas relativo – no sentido aristotélico de mesotes – pois é condizente com a boa-fé a possibilidade do uso da mentira em nome de um bem maior, como, por exemplo, a defesa da vida. (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 78).

No âmbito do Direito, a definição de boa-fé se inicia como a proibição dolo. No Digesto tem-se que *fides bona contrahit est fraudi et dolo* (D, 17, 2, 3, 3). A ideia de *fides bona* remonta ao mesmo núcleo semântico substancial da palavra *fides*: a lealdade à palavra dada por parte de quem é titular da *fides*. A lealdade à palavra dada ascendia o sujeito como ser de boa reputação. Desta feita, existem dois aspectos vinculados à *fides*: (i) o sentido ativo, dar a confiança a alguém; e (ii) o sentido passivo, conquistar a confiança de alguém.

Quem conseguia a concessão da *fides*, era detentor da confiança derivada do crédito. O *creditum*, por sua vez, era a causa e a consequência da *fides*. Logo, o principal elemento da boa fama era ser detentor de uma maior escala de crédito. Por sua vez, quem não obtinha o *creditum* era considerada um *pérfido*, alguém que maculou a *fides*. Martins-Costa, exemplifica, utilizando-se Sêneca e Cícero para demonstrar as respectivas condições impostas aos indivíduos que eram considerados *pérfidos* e a aproximação do conjunto de recursos familiares que o sujeito de *bona fides* detinha:

Sêneca, exige-se o documento escrito somente daquelas pessoas destituídas de *creditum*. Em Cícero, a ligação entre a *fides* e a presença de um patrimônio apto a garantir o crédito (*fides* e *res*) começa a se aproximar, semanticamente, do conjunto de recursos familiares que dispõe o sujeito, daí resultando no crédito que o titular da *fides* pode oferecer aos demais nas relações do intercâmbio creditício. Dessa aproximação, surgirão estruturas verbais como *fides est alucui* (*apud aliquem*) ou *fidem habeo alicui*, que significarão prestar fidelidade a alguém; atribuir crédito a alguém, aproximando-se, paulatinamente, de outra expressão – *confidere alucui* – cujo valor é o de dar confiança; ter confiança em alguém. O verbo *credere* apresentava em sua origem dois elementos-chave: de um lado, o dar algo; de outro, o dar com segurança ou certeza, isto é, a certeza da

devolução do que havia sido dado. Essa ideia foi materializada, por excelência no contrato de mútuo, mais tarde ampliando-se para outras categorias contratuais. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 63).

Voltando ao Digesto, má-fé e dolo representavam sinônimos. Agir com dolo era agir de má-fé; logo, agir sem dolo, era agir de boa-fé. Uma pessoa que age com dolo, de forma intencional, busca causar algum dano; logo, agir sem dolo é o mesmo que adotar uma conduta que almeja evitar danos. Portanto, o que mais importa? A intenção do agente, ou seja, o fim que ele busca na sua atitude de forma intencional. Destaca-se que atualmente o dolo possui significado próprio, totalmente secularizado da boa-fé.

Utilizando-se de Aristóteles e John Austin, Robert Summers, jurista americano, em 1968, tentou formular um conceito jurídico da boa-fé. Chegou à conclusão de que a boa-fé atuaria como um “excluder”: termo jurídico que não possui significado, mas afasta várias formas heterogêneas de má-fé. Entendia que a boa-fé era aquilo que o juiz entendesse ser “boa-fé”, ao descrever a conduta de “má-fé”. Portanto, a boa-fé não pode ser definida em termos de honestidade, ou seja, de forma positiva; mas só existiria como antônimo de má-fé, ou seja, a partir do que não é boa-fé. Para fundamentar a sua tese, construiu uma lista exemplificando qual a tradução das condutas de má-fé em boa-fé (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 83-84):

Formas de Conduta de Má-Fé	Significado de Boa-Fé
Vendedor esconde um defeito naquilo que ele vende.	Completa revelação de fatos materiais.
Construtor intencionalmente falha em cumprir completamente, através de outro modo adimplemento substancial.	Adimplemento substancial sem conhecimento desviando das especificações.
Contratante abertamente abusa de seu poder de barganha para forçar um aumento do preço do contrato.	Limitação do abuso do poder de barganha.
Contratação de um corretor e deliberadamente impede-se-lhe de fechar o negócio.	Agir de forma cooperativa.

Falta consciente de diligência em mitigar os prejuízos da contraparte.	Agir com diligência.
Exercer, arbitrariamente e caprichosamente, o poder de denunciar o contrato.	Agir sem justa causa.
Adotar uma interpretação extensiva na interpretação da linguagem do contrato.	Interpretar os termos do contrato com lealdade.
Assediar a parte contrária para assegurar repetidamente a performance.	Aceitar seguros adequados.

Quadro 1: “Lista de Summers” (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 84).

De forma sucessiva, Dennis Patterson, em sua obra *Wittgenstein and The Code: a theory of good faith performance and enforcement under Article Nine*, em 1988, criticou Summers, tendo em vista que o conceito de “excluder” não funciona sequer para definir má-fé, quem dirá a boa-fé. Patterson entende que a teoria summerniana estava, meramente, descrevendo problemas e os respectivos efeitos no plano deontológico, onde as soluções jurídicas têm seu *locus* (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 84).

Como na religião e em Roma, a boa-fé também pode ser definida juridicamente a partir da confiança e proteção nas relações jurídicas. François Gorphe realizou a referida ligação para dar a boa-fé um critério mais objetivo. Karl Larenz (1978, p. 58), por sua vez, entendia que a convivência social não é possível sem a proteção da confiança depositada entre os indivíduos de determinada comunidade. Para o alemão, o personalismo ético, base da capacidade e da autodeterminação, seria incompleto sem um elemento ético-social, no caso, o princípio da boa-fé em si. Por tal motivo, a boa-fé se transformou no fundamento das relações humanas. A cada relação jurídica, as partes devem garantir a máxima transparência, fornecendo a maior quantidade de informações e o ato ilícito será considerado quando o exercício de determinado direito fraudar a expectativa (confiança) alheia.

A boa-fé, apesar da remota origem, ressurgiu somente no Código Napoleônico de 1804, em razão da diluição da noção do próprio conceito, desde o direito canônico até o desenvolvimento dos jusracionalistas. Ou seja, depois do Digesto, em 532, o acontecimento jurídico mais notório foi o aparecimento do *Code Civil des Français* (CORDEIRO, 1984, p. 226). A mencionada codificação prenunciava o que atualmente

entendemos por boa-fé objetiva, na letra do artigo 1.134, “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne fo*²¹.”

O tratamento dado à boa-fé, por Domat e Pothier no *Code*, é o resultado da conjugação de elementos de ordem formal e de ordem material. Sabe-se que o Código Napoleônico consagrou o caráter ideológico da autonomia privada – ou melhor, da autonomia da vontade – como o núcleo do Direito dos Contratos, o que revestiu o princípio da boa-fé com elementos morais, jurídicos e filosóficos peculiares.

O contrato é visto como uma conjugação de consensos, expressão da própria liberdade individual, bandeira da Revolução Francesa. Martins-Costa, utilizando-se de Jean-Louis Gazzaniga, explicita que desde as primeiras semanas da revolução é sob a bandeira da liberdade que se movem todos os espíritos esclarecidos e é em seu nome que se realizam todas as reformas (MARTINS-COSTA, 2018, p. 115). Portanto, é no seio do Direito Contratual que o consentimento ascende como pedra de toque das operações econômicas de intercâmbio de bens e serviços típicos do sistema capitalista burguês.

Para afastar definitivamente os percalços causados pelo *Ancien Régime*, a vontade livre se tornou a tradução jurídica da concepção econômica, política e filosófica do liberalismo. A iniciativa individual econômica era a liberdade efetivamente prosseguida pelos autores do *Code*. Surgiu a doutrina subjetivista do negócio jurídico, que enxerga na vontade a força para estabelecer obrigações, isto é, o contrato obriga porque é o acordo livre de vontades.

Apesar do encantamento provocado pelo Código Napoleônico, a boa-fé foi esvaziada de forma acentuada pelo método da Escola da Exegese que acabou por se expandir no Século XIX. Martins-Costa explica que esse movimento acabou por não desenvolver no direito francês a boa-fé, em detrimento do rigor lógico adotado pela mencionada linha de pensamento, que privava o magistrado da possibilidade interpretativa, limitando-se a ciência do direito a um diálogo com o texto legal:

Esse método consistia em ligar à lei escrita todas as soluções que viessem a se apresentar, ligação esta que se dava não só do ponto de vista formal, mas igualmente no que concerne à materialidade das soluções encontradas. Contudo, uma disposição legal cujo conteúdo

²¹ Tradução livre: Os acordos formados têm lugar de lei para aqueles que os fizeram. Eles não podem ser revogados, a não ser que tenha consentimento mútuo entre as partes ou pelas causas autorizadas pela lei. Eles devem ser realizados de boa-fé.

não viesse materialmente explicitado em texto legal – como ocorre necessariamente com a boa-fé obrigacional – não tem função nesta opção metodológica. O *Code* e os seus comentadores continuaram a trilhar, em matéria de boa-fé, a distinção entre a sua atuação em matéria possessória e no campo obrigacional. Porém, uma e outra acepção estavam aprisionadas pelo critério subjetivo, contraposto ao dolo, a mentira e à má-fé, vale dizer: a boa-fé estará limitada ao estado de ignorância escusável. O que ainda poderia restar de elasticidade ao art. 1.134, eco do jusracionalismo incorporado por Portalis, será totalmente cortado pela Escola da Exegese. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 117).

O princípio da boa-fé foi absolutamente engolido pela hegemônica atuação do dogma da autonomia da vontade, não existia a possibilidade de conciliar as exigências do individualismo com as necessidades postas pela fricção das liberdades coexistentes. O ideário clássico da revolução francesa, “liberdade, igualdade e fraternidade”, limitava-se aos dois primeiros valores e comodamente se esqueceu do dever de solidariedade, que surgiu reacendeu somente 150 anos após. Normas com abertura semântica não tiveram quase nenhuma relevância em detrimento da autonomia da vontade.

A influência do *Code* nos sistemas jurídicos de países latino-americanos de língua espanhola foi expressiva. Remanesce, ainda hoje, forte percepção da boa-fé por sua feição subjetiva, representada nas seguintes acepções: (i) boa-fé estado de ignorância, como incorrer em erro ou em violação de direito alheio; (ii) boa-fé crença legítima, nas hipóteses respaldadas pela Teoria da Aparência; e (iii) a boa-fé como antítese de má-fé, isto é, a acepção naturalista da boa-fé. A boa-fé, por sua vez, quando identificada, é definida como um (i) *standard* comportamental; e (ii) um princípio geral, que em alguns direitos é expresso, em outros implícito.

No México, em seu Direito Contratual, o Código Civil Federal apenas menciona, de modo expresso, à boa-fé subjetiva (arts. 2.126, 2.127, 2.145, relativos à evicção). A boa-fé vincula-se a ausência de má-fé e às situações ensejadoras de confiança baseadas na Teoria da Aparência, ou seja, a duas acepções subjetivistas.

O Código Civil venezuelano contém regra expressa quanto à boa-fé nos contratos, de forma aproximada ao Código Civil francês. Utilizando-se da acepção subjetivista, quase une a boa-fé objetiva, ao mencionar a exigência de não agir contrariamente aos interesses do cocontratante, com a subjetiva, ao dizer que a atuação do sujeito se dá na crença de não estar a lesar direito alheio.

O direito peruano, moderno e avançado em diversas matérias, trouxe no Código Civil de 1984 a boa-fé em diversos institutos, sempre relacionados a boa-fé subjetiva, em matéria de interpretação (arts. 168²² e 1.362²³), além da cláusula geral dos negócios jurídicos.

Por sua vez, a Argentina, com o Código Civil elaborado em 1867, por Dalmácio Vélez Sarfield, aquele que imortalizou o Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, em 1871, após adotá-lo como inspiração, utilizava somente a ideia de boa-fé subjetiva. Contudo, existia grande receio por parte dos autores em tratar o instituto como norma vigente, fato que levou a discussão, inclusive, se a boa-fé existia ou não no ordenamento jurídico argentino. Somente no final da década de 1960, a boa-fé foi positivada no Código Civil argentino, com a Lei nº. 17.711.

Em 2014, a Argentina promulgou novo Código Civil e Comercial, que entrou em vigor em 2016. A parte introdutória da nova legislação estabelece um princípio geral de exercício de direitos em conformidade com a boa-fé, ao lado do abuso do direito, com redação equivalente a alteração promovida pela Lei nº. 17.711/1968, completada com dispositivos que estabelecem as providências a serem tomadas pelo juiz no caso concreto. Em matéria contratual, houve a inserção do artigo 729 que prevê: “Devedor e credor devem agir com cuidado, prudência e segundo as exigências da boa-fé”. Além disso, acrescentou, no artigo 961, regra geral de boa-fé nos contratos:

Artículo 961. Buena fe Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor²⁴. (ARGENTINA, 2014).

Verifica-se a grande relevância que se deu à questão da integração contratual de acordo com a boa-fé, que pode dar margem a inserções não estabelecidas pelas partes, ainda que o hermeneuta entenda que assim se poderia imaginar.

²² Art. 168. O ato jurídico deve ser interpretado de acordo com o que se tenha exprimido nele e segundo o princípio da boa-fé.

²³ Art. 1.362. Os contratos devem negociar-se, celebrar-se e executar-se segundo as regras da boa-fé e comum intenção das partes.

²⁴ Tradução livre: Art. 961. Os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados segundo a boa-fé. Obrigam não só ao que está formalmente expresso, mas também a todas as consequências que possam ser consideradas como compreendidas neles, com os alcances que razoavelmente se teria obrigado um contratante cuidadoso e prudente

Os Códigos Civis mexicano, venezuelano, peruano e argentino (1867) a boa-fé subjetiva é percebida como um estado subjetivado. Ocorre que, conforme será exposto, o Código Civil brasileiro, em especial, no âmbito do direito contratual, sofreu grande influência do Direito germânico, fato que gerou um sobrepeso maior a noção e as funções da boa-fé objetiva. Pode-se dizer, assim, que os códigos latino-americanos sofreram maior interferência do Código Civil Francês; enquanto, o Código Civil brasileiro teve maior influência do *Bürgerlichen Gesetzbuches*.

É na Alemanha da Idade Média, que nasce a ideia de boa-fé que perduraria até o Código Civil Alemão de 1990 e, posteriormente, migraria para as outras codificações romanísticas, como a brasileira. A boa-fé subjetivista romana remanesceu na prática do direito comum alemão até quando, em meados do século XIV, acabou por se confrontar com a boa-fé gerada nos ideais de Cavalaria - impulsionadora de um feixe de deveres de conduta frente à comunidade. Menezes Cordeiro (1984, p. 298) ensina que *Treu und Glauben* exprime, em linguagem comum escrita, as respectivas noções de lealdade e confiança que devem presidir as relações negociais.

A questão da permanência, no substrato cultural alemão, da boa-fé objetiva, proveniente da Idade Média, é um enigma, na linguagem Menezes Cordeiro (1984, p. 298), Martins-Costa trabalha a hipótese que responderia o mencionado dilema:

A hipótese que aventa é a de ser apenas aparente a difusão da boa-fé objetiva, na sequência da entrada em vigor do BGB: haveria uma continuidade cultural, para além de todo um complexo de contributos culturais e científicos que confluíram neste sucesso, assistiu-se apenas a uma continuidade de práticas judiciais assentes numa experiência extensa: a da jurisprudência comercial alemã. Contribui a desvendar o enigma a confluência de alguns fatores: antes de mais, havia a necessidade de encontrar institutos jurídicos aptos a regular a sua mais importante atividade econômica, o comércio. E, para tanto, as categorias do Direito Romano exerciam um particular fascínio por conta de sua vocação à universalidade, suas soluções claras e uniformes, que permitiram uma fácil circulação das riquezas. (MARTINS-COSTA, 2017, p. 124-125).

O Direito Comercial é um direito recente, não remonta ao *Corpus Iuris Civilis*, mas antes às práticas mercantis das cidades iniciadas no mercantilismo (século XV), isto é, anterior ao liberalismo. Pode-se dizer que as categorias romanas foram misturadas, ao longo dos séculos, com elementos advindos do antigo Direito germânico (CORDEIRO, 1984, p. 315-316).

O dinamismo derivado das práticas comerciais fez com que a sua regulamentação fosse peculiar quando comparada aos tradicionais setores do Direito Civil, muito embora, desde o século XIX, Teixeira de Freitas já buscava mitigar o peso da distinção entre o Direito das Obrigações com os demais ramos do Direito Civil, como vimos.

O Código Civil alemão entrou em vigência no primeiro dia do século XX, um produto da pandectística. Ao longo de um século, caracterizou-se como um exemplo típico e construtivo da cultura jurídica alemã, com forte espaço ao liberalismo, especialmente em matéria contratual.

Destaca-se que, desde o século XIX, na busca de consagrar o direito como ciência, a doutrina alemã ofereceu inúmeras contribuições significativas para o direito privado moderno em relação à boa-fé:

Rudolf Von Jhering havia percebido as contingências das regras sobre vícios do consentimento para a solução de problemas relativos ao contrato nulo; para tanto, desenvolveu a teoria da *culpa in contrahendo*, que posteriormente deu origem à teoria da declaração, em matéria de interpretação do negócio jurídico, com o intuito e proporcionar maior segurança nas relações jurídicas. Windscheid desenvolvera a teoria da pressuposição, para fundamentar a modificação dos contratos quando houvesse alteração das circunstâncias presentes no momento da sua formação. (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p.107).

O pandectismo germânico concebeu o Código Civil em respeito a um sistema fechado, não sendo formulado o aludido artigo 242 do BGB de 1900, “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”, com a intenção de proceder a uma reconstrução do direito negocial (ROSENVALD; DE FARIAS, 2014, p. 158).

Clóvis do Couto e Silva pondera que jamais se permitiu ao magistrado a função instrumental de criar o direito por meio de poderes extraordinários, reduzindo, assim, os rigores da aplicação do direito em sentido estrito. O mencionado artigo apenas era utilizado como base material dos contratos (COUTO E SILVA, 1997, p. 33).

Contudo, a realidade foi diferente, verifica-se que até as inovações do final da década do século XX, era extrema a dificuldade em adaptar a rigidez da lei e a mutável realidade, a tentativa de minimizar os impactos do dinamismo comercial foi operar em grande medida as cláusulas gerais, inclusive o § 242, presentes desde a origem do

BGB. Na primeira decência de aplicação do Código alemão, a figura da *exceptio doli*²⁵ não foi objeto da doutrina e do sistema civil, mas houve uma significativa mudança com o passar das décadas, ensina Martins-Costa (2020, p. 129):

Mas em 1912, o jurista Rietzler classificou-a [*exceptio doli*] dentre as figuras da proibição ao *venire contra factum proprium*, aproximando conceitualmente a exceção das hipóteses previstas nos parágrafos 242 e 157 do BGB. A partir de então, especialmente depois do segundo e do terceiro decênios da entrada em vigor do BGB, observou-se uma aplicação crescente na jurisprudência da ideia segundo a qual o exercício do direito, se procedido de modo malicioso e contrariamente à confiança provocada na outra parte, poderia ser impedido por via de uma exceção. O exemplo típico é o do desenvolvimento jurisprudencial da *Verwirkung*, a qual constitui um dos desenvolvimentos jurisprudenciais mais importantes que os juízes alemães conferiram ao parágrafo 242. Muito embora receberem escassa aplicação no período inicial de sua vigência – e apesar dos riscos à segurança jurídica que apresentam, quando utilizadas divorciadamente de uma dogmática firme e responsável –, certo é que cláusulas gerais do BGB foram a ponte viabilizadora da ligação entre o Código e as novas realidades. Por seu intermédio, a jurisprudência alemã, auxiliada por uma dogmática sólida, conseguiu superar os limites advindos do conteúdo excessivamente individualista do texto original, trabalho esse facilitado, tecnicamente, pela estrutura do Código, dividida (como no Código Civil brasileiro) entre uma Parte Geral, com seus grandes conceitos, marcados pelo alto grau de abstração (permissiva da generalidade) e uma Parte Especial. No que tange ao Direito das Obrigações foi exponencial, nesse trabalho de reconstrução adaptativa do significado do texto codificado, o papel da cláusula geral da boa-fé, prevista no seu § 242.

A modernização do Código Civil alemão se deu nos anos de 2001 e 2002, não obstante possa ter alterado o caráter sistemático do BGB, acentuou ainda mais a relevância da boa-fé objetiva, especialmente por sua interface com o princípio da confiança.

Pois bem, verificou-se que a boa-fé, no direito alemão, nasceu da construção doutrinária e jurisprudencial para posteriormente ser viabilizada a sua codificação.

²⁵ Nos ensinamentos de Eduardo Tomasevicius Filho, a *exceptio doli* pode ser vista como: “a exceção de direito material destinada a evitar que se obtivessem efeitos jurídicos decorrentes do exercício do direito, quando houvesse dolo. [...] Esta figura exerceu importante função no direito anterior ao Código Civil alemão. Inclusive, se discutiu a sua positivação, o que acabou não se concretizando naquela ocasião. Porém, continuou sendo aplicada por meio do § 242 do Código Civil alemão, ao entender-se que a boa-fé é critério regulador de como se devem realizar as prestações devidas e como podem ser exigidas pelo credor. Como se sabe, o § 242 foi aplicado não só para a disciplina das pretensões de direito das obrigações, sendo considerado um princípio geral de direito. Dessa maneira, definiu-se que era possível resistir ao exercício de qualquer direito subjetivo, quando o mesmo violasse a boa-fé.” (TOMASEVICIUS, 2018, p. 170-171).

Menezes Cordeiro ensina que “o reformador não pretendeu (diretamente) modificar soluções, antes operou uma codificação de doutrinas e soluções já conhecidas” (CORDEIRO, 2004, p. 102). A construção da concretização da boa-fé no direito alemão se deu após um progressivo alargamento e assentamento de significados ao princípio da boa-fé, que viabilizou soluções para variados casos.

No sistema brasileiro, o referido movimento também pode ser visto, com as devidas proporções: não existia uma oposição à operatividade do princípio da boa-fé no Código Civil de 1916, mas, simplesmente, o legislador optou, em razão da longa construção histórica, pelo tecnicismo exacerbado e pelo absolutismo de determinados direitos de cunho liberal-econômico. Entretanto, de forma progressiva, lenta e persistente, através de modelos doutrinários, hermenêuticos e jurisprudenciais, novos possíveis caminhos para solucionar problemas apareceram, com base no material oferecido pela história, e somente após longas décadas os modelos legais começaram a consolidar a boa-fé com as necessidades coletivas.

Apesar da sua positivação e o ganho exacerbado de destaque ter ocorrido somente no Código Civil de 2002, a boa-fé não é um tema recente no direito brasileiro. O Código Comercial de 1850 trabalhava a boa-fé como método interpretativo, limitando-se a vincular a obrigação do cumprimento do pacto estabelecido em eventual negócio jurídico, ou seja, dar uma maior concretude para o princípio do *pacta sunt servanda* (FARIA, 1920, p. 175). Prevalencia a declaração conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, Carvalho de Mendonça afirma que:

Referindo-se e dando especial realce à boa-fé ao espírito e natureza do contrato, quis o Código Comercial significar que os negócios jurídicos não se podem converter em instrumentos de insídia. É uma atmosfera honesta e não viciada que se devem preparar, concluir e executar os contratos. A boa-fé não traduz mais do que o estado de ânimo de uma pessoa, que não conhece a verdade. (MENDONÇA, 1939, p. 211).

O artigo 131 do Código Comercial dispunha: “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e estrita significação das palavras.” Inobstante, o referido artigo teve baixa aplicação, provavelmente, em razão da nossa tradição jurídica dispensar regras e instrumentos para determinar a interpretação das leis e dos contratos.

Teixeira de Freitas, em seu Esboço de Código Civil, trazia disposições sobre a boa-fé em geral em quatro dispositivos: arts. 504²⁶, 505²⁷, 517²⁸ e 518²⁹. Todas as normas trabalhavam conceitos gerais sobre a boa-fé. Diferentemente do início da boa-fé, em que se vinculava ela ao dolo, o projeto de Teixeira de Freitas já não entendia que ambos eram sinônimos. Além disso, o art. 1.954 do Esboço, basicamente, reproduz o artigo 1.135 do *Code*.

Por sua vez, o Código Civil de 1916 não trouxe qualquer cláusula geral sobre a boa-fé. Limitando o instituto a apenas dois dispositivos de matéria contratual, quais sejam, o art. 1.443: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim, a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”; e o art. 112: “Presumem-se, porém, de boa fé e valem, os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor”. Mas isso não representou o abandono e vácuo temporal da boa-fé no Brasil. O Código Beviláqua se aproximou do modelo inglês de boa-fé, “*all-or-nothing*”, conforme explica Tomasevicius Filho:

O que houve foi a aproximação do direito brasileiro ao modelo clássico inglês de boa-fé, de “tudo-ou-nada”: liberdade para a celebração dos contratos, sob o controle das regras sobre vícios de consentimento, e o reconhecimento expresso da boa-fé na sua maior intensidade, ao impor a *ubérrima fides* no contrato de seguro (art. 1.443). Também havia outra disposição sobre a boa-fé como modelo de conduta, ao cuidar da fraude contra credores, inspirada no brocardo *Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis diminutur*³⁰(D,50,17,134).

Avançando na linha histórica, o art. 66 do Anteprojeto do Código das Obrigações, de 1941, previa que “as declarações devem ser interpretadas conforme a boa-fé e os usos dos negócios”. Por sua vez, o art. 22 do Código das Obrigações,

²⁶ Art. 504. Haverá vício de substância nos atos jurídicos, quando seus agentes não os praticarem com intenção, ou liberdade; ou quando praticarem de boa-fé.

²⁷ Art. 505. São vícios de substância, nos termos do artigo antecedente: 1º Por falta de intenção, a ignorância ou erro, e o dolo (art. 450). 2º Por falta de liberdade, a violência (art. 451). 3º Por falta de boa-fé, a simulação e a fraude.

²⁸ Art. 517. Consiste a boa-fé dos atos jurídicos na intenção de seus agentes relativamente a terceiros, quando procedem sem simulação ou fraude.

²⁹ Art. 518. Reputar-se-á ter havido boa-fé nos atos jurídicos, ou nas suas disposições, enquanto não se provar que seus agentes procederam de má-fé, isto é, como um dos vícios do artigo antecedente (arts 504 e 505, nº 3).

³⁰ Tradução livre: Os credores não são fraudados quando o devedor não adquire nada; eles apenas são fraudados quando diminui suas posses.

de 1963, estabeleceu que “as declarações de vontade devem ser interpretadas conforme a boa-fé e os usos dos negócios, presumindo-se, no silêncio ou na ambiguidade das cláusulas, que se sujeitaram as partes ao que é usual no lugar do cumprimento da obrigação.”

O importante texto do Direito Civil que trouxe à luz o princípio da boa-fé de forma generalizada foi o Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Apesar de trabalhar com certa exclusividade os deveres de informação do fornecedor, que não deixa de ser um dos deveres decorrentes da boa-fé, existem disposições específicas que fazem menção expressa ao instituto: (i) o art. 4º, III³¹; (ii) o art. 51, IV³²; e (iii) de forma mais recente, através da Lei nº. 14.181/2021 (Lei do Superendividamento), foi incluído outro dispositivo, o art. 54-A, § 1º³³.

A origem do Código Civil de 2002 remonta à longínqua década de 1970, desconsiderando o Anteprojeto de Orlando Gomes – que se iniciou em 1962 -, com inspiração gritante do Código Civil da Alemanha (BGB), Código Civil da Itália e Código Civil de Portugal.

Um adendo: a inserção das cláusulas gerais nas codificações estendeu-se da Alemanha a outros países. A Itália, por exemplo, nas décadas de 1960 e 1970, começou a tratar de contrapor a técnica legislativa da regulamentação ou da casuística à técnica da legislação por princípios, através de normas semanticamente abertas.

A Itália representa um grande norte ao princípio da boa-fé notadamente pela influência sofrida pelo direito alemão a partir do Código Civil de 1942. O antigo Código Civil italiano, de 1865, era influenciado pelo Código Civil francês. Destaca-se, contudo,

³¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

³² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: V - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

³³ Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

que somente em 1970, o princípio da boa-fé se desvincilhou da sua reputação negativa perante a doutrina italiana:

De acordo com Del Fante, o princípio da boa-fé e os conceitos de solidariedade foram sendo “filtrados” à luz dos princípios constitucionais. Ainda em textos recentes, observa-se que se destaca o antigo receio de usar-se a boa-fé na Itália durante a segunda metade do século XX, pelo fato desta estar estruturada sob a forma de cláusulas gerais, ainda mais porque, inicialmente, faziam referências ao regime corporativista. Somente a partir da década de 1980 houve o uso da boa-fé, ao interpretá-la de forma objetiva, sem referência a valores morais. [...] No século XXI, a boa-fé consiste em uma das principias decorrências da agora intitulada solidariedade econômico-social, por força da expressão contida no art. 2º da Constituição italiana. Ademais, o princípio da solidariedade não se baseia mais em meros aspectos corporativistas, mas assumiu finalidade política, econômica e social. Trata-se e uma solidariedade centrada no homem, funcional à atuação de sua personalidade e a esta função se prende os institutos patrimoniais por excelência, como a propriedade e a empresa. (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 117-118).

Apesar disso, no Código Civil italiano de 1942 várias disposições já concretizavam a boa-fé, cunhando um modelo que se tornou precursor de princípios em outros ordenamentos. Destacam-se os seguintes artigos: (i) 1.175, chamado de regra de *correttezza*, o critério de avaliação do comportamento social ou a conformidade do comportamento às regras de convivência social e aos bons costumes; (ii) 1.176, que demanda a diligência no adimplemento; (iii) 1.336, dispõe que o contrato será interpretado segundo a boa-fé; e (iv) 1.337, refere-se a cláusula geral do dever de agir conforme a boa-fé, influência direta da teoria de Ihering sobre a *culpa in contrahendo*, pela imposição de um dever específico de informar sobre a existência de uma causa de invalidade do contrato.

O Código Civil português de 1966 possui ampla inspiração no direito alemão e dispõe sobre o princípio da boa-fé em inúmeros dispositivos. Já o antigo sistema do país, datado de 1867, era inspirado, também, no direito francês. Logo, o movimento visto no Brasil é algo que aconteceu em outros diplomas materiais por sistemas ocidentais próximos.

Voltando ao Código Civil brasileiro, há de salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva.

A boa-fé subjetiva não é um princípio, mas sim um estado psicológico em que determinado indivíduo crê ser titular de um direito que em verdade só existe na

aparência. Age de tal forma em que o seu comportamento tem um respaldo jurídico. Consiste em um comportamento correto, que confere efeitos jurídicos a comportamentos decorrentes da falibilidade humana. Atualmente, é correto imaginar que a boa-fé subjetiva é o objeto de proteção da boa-fé objetiva, pois não é lícito lesar a confiança legítima depositada em terceiros.

Dentro da boa-fé subjetiva, o sujeito encontra-se em escusável situação de ignorância ou desconhecimento sobre a realidade fática e da lesão a direito alheio. Encontra-se prestigiada em determinados artigos do Código Civil de 2002³⁴, em especial, 1.201³⁵, 1.214³⁶ e 1.219³⁷, como dimensão da convicção interna que determinado possuidor tem sobre a ausência de defeitos em sua posse. Além disso, vale destacar o artigo 1.561, que trata do casamento putativo, aquele constituído pelo cônjuge de boa-fé, residindo a sua subjetividade na ignorância do cônjuge sobre a invalidade do matrimônio em decorrência da atuação do outro cônjuge.

Por seu lado, a boa-fé objetiva não traduz um estado de fato, trata-se da confiança adjetivada, isto é, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio da boa-fé objetiva compreende um modelo de eticização da conduta social, caracteriza-se por uma atuação de acordo com determinados padrões desejados sociais de honestidade, correção e lealdade, de modo a não frustrar a legítima confiança depositada pela outra parte.

A boa-fé objetiva necessita (i) de uma relação jurídica que ligue duas ou mais pessoas, impondo-lhes deveres especiais mútuos de conduta, que (ii) adote padrões de comportamento desejáveis e exigíveis, no intuito de (iii) despertar o estado de confiança das partes no negócio jurídico celebrado.

De forma didática, Fernando Noronha diferencia a boa-fé subjetiva e a objetiva, nos seguintes termos:

A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir.

³⁴ A título exemplificativo: arts. 242, 286, 309, 523, 637, 686, 689, 878, 879, 896, 901, 916, 918, § 2.º, 925, 954, 1.049, 1.149, 1.177, 1.201, caput e parágrafo único, 1.202, 1.214, 1.216 a 1.220, 1.222, 1.228, § 4.º, 1.238, 1.242, 1.243, 1.247, parágrafo único, 1.254.

³⁵ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

³⁶ Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

³⁷ Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio. (NORONHA, 1994, p. 132)

A boa-fé objetiva é examinada de forma externa e por um interlocutor, isto é, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo (acepção objetiva), independentemente de sua crença (acepção subjetiva). O princípio da boa-fé encontra-se fundamentado no interesse coletivo de que os agentes de determinado *ethos* pautem seu agir na cooperação e na retidão, objetivando a promoção do solidarismo, previsto na Constituição Federal, fomentando o sentimento de justiça social, com a negação de condutas que importem em desvios aos parâmetros sedimentados de honestidade e transparência. Afinal, a confiança alheia é o cimento de todas as relações humanas (LARENZ, 1958, p. 140-141).

Como vimos, a boa-fé objetiva historicamente se desenvolveu em nações que prestigiam o comércio, como força capaz de promover a cooperação intersubjetiva entre os agentes. Indubitavelmente a boa-fé objetiva representa segurança jurídica, tendo em vista que ela preserva a coerência e estabiliza expectativas nos comportamentos sociais, evidenciando o elemento ético do contrato. Toda pessoa deverá ajustar a sua conduta e o seu agir negocial a este padrão objetivo.

A boa-fé objetiva é um modelo norteador do teor geral da colaboração intersubjetiva, que deve ser articulado com outras normas integrantes do ordenamento jurídico, a fim de lograr adequada concreção. Para Miguel Reale, tal movimento se daria através daquilo que se denominou de “estruturas normativas”. O direito objetivo é formado por diversas fontes, posto que várias são as estruturas de poder que agem com legitimidade, tais fontes normativas produzem, por sua vez, modelos sancionatórios dinâmicos que não são meras formas lógicas, mas são talhadas na concretude da experiência humana. Cada modelo pode agrupar um conjunto de regras interligadas que compõem uma unidade lógica de sentido, em decorrência de fatos ou valores abstraídos da realidade social (REALE, 1996, p. 186).

A boa-fé estrutura-se de dois modos: como *standard* jurídico, modelo norteador de comportamento abstraído da conduta social média da sociedade; ou como norma jurídica, como princípio, ou de cláusula geral ou norma específica. Nas lições de Tomasevicius Filho (2018, p. 92-93):

Na nossa opinião, a boa-fé é um princípio jurídico, cuja finalidade é proporcionar o bom andamento das relações jurídicas, que serve de fonte para a elaboração de regras jurídicas, tal como as cláusulas gerais sobre boa-fé. Já como *standard* jurídico, é o conteúdo do dever de agir em conformidade com a boa-fé. Serve de indicação, guia, modelo, de como deve adimplir o dever de agir segundo a boa-fé. É meio para agir segundo a boa-fé, mas não o único. Pode-se perfeitamente agir dessa maneira sem seguir determinado *standard*, pois o que importa é o fim da norma jurídica, e não se o *standard* foi ou não seguido. O princípio da boa-fé, portanto, é norma jurídica, enquanto *standard* de boa-fé não o é.

A semântica da locução boa-fé é vaga ou aberta, portanto, é carecedora de concretização. Por tal motivo, é extremamente difícil especificar o conteúdo da boa-fé, pois este será concretizado em cada caso, interligando-se as circunstâncias que contornam o desfecho negocial. Por isso se diz que o conceito de boa-fé parece mais interessar por sua função que por sua definição (MARTINS-COSTA, 2020, p. 43).

Pietro Perlingieri (*apud* TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2004, p. 132) ensina que a pergunta mais importante que se faz quando se examina institutos e conceitos do Direito diz respeito à sua função. Desta feita, passa-se a análise da divisão do instituto em três setores operativos aptos a expor a sua multifuncionalidade: a) função interpretativa; b) função integrativa; e c) função de controle.

Em sua função hermenêutica, a boa-fé objetiva opera contextualmente, atuando para compor e interpretar as demais normas legais. No Código Civil, os arts. 112 e 113 situam os cânones hermenêuticos gerais e centrais dos negócios jurídicos privados, ligando-se não apenas ao exposto no Código Civil, mas a própria concepção de negócio jurídico, baseada na teoria da confiança. É a otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico. Vincula ao magistrado a interpretação não ao texto literal – afastando-se a teoria da subsunção –, mas a observar o sentido correspondente às convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida.

Engana-se quem pensa que a promoção da interpretação apenas com base na boa-fé, de forma isolada e como único critério, seria o adequado. A função hermenêutica da boa-fé pressupõe a articulação dela com a estrutura normativa que engloba outras regras legais e contratuais, *standards* e modelos doutrinários e jurisprudenciais que, com o caso, guardem relação de identidade ou de semelhança.

Miguel Reale, presidente da Comissão Elaboradora do Anteprojeto de Código Civil, qualificou que o art. 113 como o “cerne em torno do qual girou a alteração da

nossa Lei Civil” (REALE, 2005, p. 248), assim, a boa-fé não pode ser vista como um imperativo ético abstrato, mas sim uma regra de interpretação que remete o intérprete ao exame do texto em seu contexto fático e normativo, para contratar a específica manifestação de vontade com o padrão da conduta segundo a boa-fé. Para Reale, o art. 113 condiciona e legitima a interpretação das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências, auxiliando no processo de interpretação das cláusulas contratuais, servindo de instrumento para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto.

Na função hermenêutica, a boa-fé permite apreender os interesses das partes com base nos esquemas socialmente normais e regulares, contratando-os com a eventual singularidade do ato de autonomia privada. Steven Pinker (2008, p. 80) ensina que a possibilidade de fazer negócios com estranhos é uma poderosa concretização da solidariedade, pois desde a Antiguidade foi o elemento capaz de aproximar grupos humanos não aparentados. O contrato substitui a ideia de massacrar a tribo vizinha, a possibilidade de trocar bens e serviços faz com que o outro adquira valor para mim, isto é, já não vale mais a pena eliminá-lo. A boa-fé objetiva garante um progresso ético que no campo social significa mais segurança jurídica.

Antes que se pudesse chegar a desimpedida generalização do trânsito mercadológico, era necessária uma institucionalização ampliada dos direitos subjetivos e igualitários. Os indivíduos tinham de ser providos do estatuto de “pessoa jurídica” privada, responsável unicamente por si mesma, para então poder celebrar contratos individuais com outros atores econômicos, que lhes franqueavam a venda, tão rentável quanto fosse possível, de seus bens, sua força de trabalho ou de sua terra.

Hegel observava que, foi somente no Estado de Direito, que as sociedades ocidentais criaram pré-condições institucionais capazes de compor uma esfera de relações de intercâmbio juridicamente domesticadas entre particulares que atuavam de maneira estratégica.

Hegel, em sua obra *Filosofia do Direito*, e Émile Durkheim, na obra *Sobre a divisão do trabalho social*, questionam se um estabelecimento bem-sucedido no novo ordenamento econômico, capaz de suscitar um assentimento coletivo, não exigiria que essas orientações de valor desses aparatos institucionais fossem pensadas de

maneira prévia ou concomitante, o que não se esgotaria nas disposições normativas da maximização de utilidade individual.

Para ambos os autores, a esfera do agir mediado pelo mercado só pode satisfazer sua função publicamente pensada, que é a de integrar as atividades econômicas dos indivíduos de maneira harmônica e não coercitiva, por meio de relações contratuais, se houver uma consciência de solidariedade em todas as relações contratuais, tomando obrigatório um tratamento recíproco que seja justo e equitativo, isto é, as disposições solidárias do tratamento justo são reguladas por todos os participantes, uma vez que possibilitam o funcionamento fluente do mecanismo do mercado. Eis a importância do reconhecimento recíproco dos sujeitos como membros de uma comunidade cooperante:

O novo sistema da economia de mercado [...] não pode ser analisado sem uma classe de regras morais não contratuais que lhes precedam; caso contrário, não estaria em condições de satisfazer à função, que lhe foi atribuída, de integrar harmonicamente interesses econômico individuais. A mesma ideia pode ser expressa pela linguagem escolhida por Hegel, de que a coordenação assumida pelo mercado dos cálculos de lucro só pode ser proveitosa se os sujeitos que tomarem parte dela se reconhecerem juridicamente antes, não apenas como parceiros contratuais, mas também, moral ou eticamente, como membros de uma comunidade cooperante. (HONNETH, 2015, p. 336).

O dever de cooperação é um dos deveres advindos do princípio da boa-fé porque justamente se espera cooperação de quem pretende agir segundo a boa-fé. Traduz-se na imposição de preocupar-se com a parte contrária, a fim de lhe facilitar o exercício de seus direitos e obrigações. Cumprindo-se a obrigação da melhor forma e colaborando para que a outra parte faça o mesmo, certamente se proporcionará a máxima satisfação possível a todos, contribuindo, portanto, para o reconhecimento recíproco dos sujeitos não apenas como parceiros contratuais, mas como membros de uma comunidade que coopera.

A função integrativa, encontra-se positivada no art. 422 do Código Civil, estabelece que as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato – fase pré-contratual – como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Prospera-se os deveres de cooperação e proteção com os interesses da outra parte, chamados de deveres anexos ou laterais, que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte.

Em relação à função de controle, declara o art. 187 do Código Civil limite ao exercício de direitos subjetivos, comete ato ilícito aquele quem, ao exercer o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé. Trata-se de princípio que atua como a máxima de conduta ético-jurídica. O juiz poderá decidir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos privados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta.

Tradicionalmente, portanto, a boa-fé objetiva possui uma tridimensionalidade das funções, conforme o esquema elaborado por Martins-Costa (2020): (i) a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato; (ii) a de norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Contudo, as referidas funções não podem ser examinadas de forma estanque. Com frequência, as barreiras são rompidas entre a atividade meramente hermenêutica e a integrativa e, também, eventualmente, a atividade interpretativa culmina na supressão do exercício de determinado subjetivo. É árdua a tarefa de definição de qual das funções da boa-fé será empregada na solução do problema, mas a referida imprecisão não desqualifica a eficiência do princípio. Pelo contrário, cria maior especificidade sobre a percepção sobre a sua multidisciplinariedade e a sua aplicação criativa no direito.

Em 2019, a comunidade jurídica brasileira foi surpreendida com a edição da Medida Provisória nº. 881, chamada de “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, modificando leis especiais, entre elas, o Código Civil. A referida medida provisória foi convertida na Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019. O objetivo da legislação era proteger e desburocratizar o exercício da atividade econômica no Brasil, estabelecendo garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e outras providências. O art. 2º elenca os princípios que guiam o disposto nessa Lei: (i) a liberdade como uma garantia no exercício das atividades econômicas; (ii) a boa-fé do particular perante o público; (iii) a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas; e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Inúmeros são os pontos de crítica que a referida legislação merece, mas o ponto de reflexão de destaque no presente trabalho é a alteração do instituto contratual, tanto em relação à sua interpretação, quanto à função social. O art. 113, como visto, previu a interpretação conforme a boa-fé e os usos do lugar em sua celebração. O objetivo da norma é claro: vedar ao intérprete de propor entendimentos abusivos, oportunistas, que estejam em contradição com o comportamento adotado,

de modo a obter vantagens não previstas entre as partes. A Lei nº. 13.874/2019 inseriu dois parágrafos ao mencionado artigo, os quais são poucos elucidativos.

Instaura-se a presente análise observando que o inciso V, do art. 3º, da referida legislação menciona que as pessoas físicas e jurídicas gozam de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica. Refere-se ao estado de consciência do sujeito que atua com a convicção/crença de estar em conformidade com o Direito, ou seja, a boa-fé subjetiva. A presunção de boa-fé subjetiva, da qual decorre a ideia de que toda alegação de má-fé deve ser provada, não gera maiores debates, tendo em vista se tratar de ideia amplamente reconhecida. Por outro lado, o princípio da boa-fé objetiva permaneceu no *caput* do artigo 113 do Código Civil, mas também foi repetido no inciso III do novo parágrafo primeiro trazido ao dispositivo pela Lei nº. 13.874/2019.

Sabe-se que a boa-fé objetiva foi aduzida como integrante dos chamados novos princípios contratuais – ou princípios contratuais sociais -, derivados do princípio constitucional da solidariedade. Entretanto, observa-se que a exigência de cooperação e integridade que ele impõe encontra amparo não somente na solidariedade, mas também em demais princípios constitucionais, por exemplo, da igualdade substancial e no próprio valor social da livre iniciativa.

Um ponto de destaque: o princípio da autonomia individual já não se separa da ideia de justiça social e das reflexões sobre como ela deve ser instituída na sociedade para tornar justos os interesses e necessidades dos seus membros. Explica-se: atualmente, no início do século XXI, é praticamente impossível articular outros valores que representam o bem sem ao mesmo tempo compreendê-lo como faceta da ideia constitutiva da autonomia individual. Quer se trate da evocação de um ordenamento natural ou da idealização da voz interior, tendo em vista o valor da comunidade ou o louvor da autenticidade, sempre se deverá contar com seus componentes de significação adicional, e isso quer dizer que sempre se vai falar em autodeterminação individual. Assim, todos os ideais éticos da modernidade entram na esfera de influência de uma representação. A ideia da liberdade individual suscita uma ligação entre as duas grandezas de referência: sua representação do que é bom para o indivíduo contém ao mesmo tempo indicações para a instituição de um ordenamento social legítimo. A legitimidade normativa depende cada vez mais de poder ser representada dentro das regras de convívio social.

A Lei nº. 13.874/2019 possui um marcante viés discursivo, pretendendo enunciar critérios interpretativos dos contratos que inovem no ordenamento jurídico, além de realizar uma declaração de direitos da liberdade econômica. Contudo, a própria Constituição Federal já prevê, em seus artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, tais liberdades e seus limites. A hermenêutica contratual já era norteada pela consideração da vontade dos contratantes, das regras de interpretação estabelecidas por eles no negócio jurídico e pelo fim econômico almejado pela relação negocial.

A Lei nº. 13.874/2019 tentou regressar ao individualismo tecnicista enterrado com a Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002, com o objetivo de limitar o alcance da boa-fé objetiva. É perfeitamente crível afirmar que o negócio jurídico ganhou novos contornos que conciliam a autonomia privada com outros valores protegidos pelo texto constitucional e, para isso, é importante a intervenção estatal na economia quando justificada.

O parágrafo segundo do artigo 113 introduzido pela nova legislação aponta que “as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”. A referida norma poderia dar um cheque em branco para que eventuais abusos sejam cometidos? Não, cabe e será necessária intervenção do Poder Judiciário em casos de abusos negociais ou em havendo a tão citada lesão a norma de ordem pública.

Chama a atenção o inciso V da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº. 881/2019: “Presume-se a boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, devendo os casos de dúvida, na interpretação do direito, serem resolvidos no sentido que mais preserva a autonomia de sua vontade, salvo expressa disposição legal em contrário. É uma premissa do Estado de Direito a de que a liberdade impera e a restrição é a exceção. Não se pode, então, permitir que na dúvida sobre a interpretação de um dispositivo, adote-se uma interpretação mais restritiva. Logo, aplicar a regra de interpretação que privilegie a liberdade cria incentivos para que o normatizador passe a ter maior sofisticação na redação de enunciados, aumentando a segurança jurídica e os pressupostos democráticos. Se em contratos de adesão, no direito do consumidor, a dúvida já privilegia a parte mais vulnerável, não há sentido em que, quando uma cláusula é imposta unilateralmente pelo Estado, este ainda se beneficie de sua dúvida. Ressalvam-se as searas da aplicação da lei em que esse tipo de interpretação já é vedado.”. O objetivo é claro: o magistrado somente poderá intervir dentro daquilo que mais preserva a autonomia da vontade das partes. Mas

qual é a novidade de tal normativa? Nenhuma. É um caminho metodologicamente equivocado recorrer-se à boa-fé nos casos em que o sistema já oferece, diretamente, a solução que, por via do apelo à boa-fé, teria que ser construída, caso a caso, pelo intérprete. Muitas vezes as normas específicas estão justamente para concretizar o princípio da boa-fé, como é caso dos arts. 619, parágrafo único³⁸, e 715³⁹, do Código Civil.

Portanto, existe um vazio normativo na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, porque quase nada se inovou em relação ao que já existia na Constituição Federal de 1988. As alterações realizadas no Código Civil não surtirão os efeitos esperados, posto que foram atacados problemas inexistentes.

A chamada Lei da Liberdade Econômica não é e nem deve ser a grande preocupação do presente trabalho, mas sim o superendividamento dos brasileiros, a sociedade de consumo em massa e a *estandardização* de todas as relações negociais. Como podemos falar de boa-fé quando não reconhecemos mais os parceiros contratuais? A maioria dos contratos celebrados hoje sequer necessitam da manifestação livre de vontade conjugadas, por exemplo, os de adesão.

Em 1º de julho de 2021, a Lei nº 14.181, foi promulgada no intuito de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. O primeiro destaque deve ser dado ao acréscimo do artigo 54-A do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), que em seu parágrafo primeiro prevê: “Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.” Vale ressaltar que essa boa-fé é a mesma que está estabelecida como princípio no inciso III do art. 4º do mesmo código e como cláusula geral no inciso IV do art. 51. Na lei consumerista a boa-fé é objetiva, afasta-se, portanto, qualquer ideia de ignorância sobre um fato modificador, impeditivo ou violar

³⁸ Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

³⁹ Art. 715. O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato.

de seu direito. Portanto, o legislador utilizou a boa-fé objetiva como modelo, um *standard*, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva do consumidor para garantir os direitos previstos na Lei do Superendividamento.

Max Weber, em sua obra *O espírito do capitalismo* (2004), justifica a rápida disseminação da economia de mercado capitalista em muitos países da Europa Ocidental no século XX. Segundo a tese do sociólogo alemão, o terreno motivacional para a necessária disposição à divisão do trabalho e à autodisciplina foi preparado por algumas correntes do protestantismo, que associavam a esperança em ter sido escolhido pela graça divina à precondição de satisfação individual de todas suas obrigações profissionais. É por meio das possibilidades que lhes são abertas à compra individual pelo mercado de bens, que os sujeitos aprendem a entender como consumidores, livres para formar suas vontades pessoais e, assim, a sua identidade, pela via da busca hedonista e pela aquisição satisfatória de mercadorias: o consumismo, palavra de cunho pejorativo, é tratado inicialmente por Hegel como uma síndrome de atitude, na qual se manifesta um marcado avanço no estabelecimento institucional da liberdade individual. Expõe Honneth (2015, p. 373-374):

Para Hegel, o consumidor nada tem de um ato 'soberano', que decide sobre suas preferências em completo isolamento, mas ele é um participante do mercado desejoso de reconhecimento, que se mantém sempre consciente de sua dependência da indústria produtora.

Ocorre que, com o passar dos séculos, a elite do dinheiro, que detém o capital econômico e, por conta disso, manda na economia, passou a mandar de modo indireto também no mundo social e político pela construção, colonizada pelo dinheiro, da opinião pública. Para Jessé Souza, a classe média brasileira sempre foi a tropa de choque dos ricos e endinheirados. A passagem da lógica da produção capitalista das mercadorias materiais para as mercadorias simbólicas é o momento decisivo da decadência da reflexão racional como recurso societário. O capitalismo organizado expande-se da esfera de produção de bens materiais para a produção industrial de bens simbólicos, constituindo aquilo que Theodor Adorno (1985) havia chamado de indústria cultural.

A esmagadora maioria dos produtos da indústria cultural não se dirigem ao conhecimento, que transforma e emancipa os indivíduos, mas sim ao reconhecimento de estereótipos, clichês e chavões, que reproduzem o mundo e os interesses que

estão ganhando (SOUZA, 2017, p. 123-125). No começo do século XX a direção já havia sido tomada: os usos das técnicas de publicidade expunham as supostas necessidades dos consumidores, a começar pelas camadas mais abastadas, e logo se aproximaram de quase toda a população, sendo assumidas como objeto cujo uso é cada vez mais afetado por métodos profissionalizados, com o intuito de acelerar a passagem ao grau de bens produzidos de maneira padronizada e evitar o risco de uma superprodução capitalista.

O fato de as populações ocidentais, graças à globalização dos mercados e ao declínio mundial dos preços dos produtos agrários, terem se libertado amplamente das preocupações com a subsistência diária, fez com que os membros das camadas mais pobres se tornassem suscetíveis às promessas da publicidade dos bens de consumo; por essa razão, só então se firma, de forma definitiva, o salto para o moderno consumo de massas. Judith Martins-Costa (1999, p. 400) observa: “não se consome apenas o que se precisa. Há um insuflamento a cargo da publicidade, que produz necessidades artificiais e simultaneamente oferece o meio de satisfazê-las”.

Aqui precisamos fazer uma importante diferenciação para o avanço da problemática: o que são contratos relacionais, existenciais e de lucro?

Para Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011, p. 97-100), contratos relacionais são caracterizados por ser aqueles que melhor se adaptam à nova sistemática dos contratos de empresa e entre as empresas. A lógica cooperativa substitui a lógica egoística, no sentido de que o relacionamento continuado entre os agentes exige das partes o comportamento adequado a cada nova situação, e com isso abre a oportunidade para que tais condutas sejam analisadas à luz da boa-fé, do fim social e da equidade. É aquele que melhor se ajusta à ideia da obrigação como um processo, ou seja, um negócio em constante refazer-se, a exigir a aproximação das partes para a renegociação, e por isso mesmo dominado pelos princípios da boa-fé.

Por sua vez, os contratos existenciais têm por objeto, basicamente, a prestação de um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição Federal. Nesse sentido, são contratos firmados entre os não-empresários ou entre um empresário e não-empresário, sempre que essa contratação não tenha objetivo de lucro. Os contratos de adesão podem ou não configurar um contrato existencial, pois alguns negócios de grande valor e de natureza mercantil são celebrados e concretizados na modalidade de contratos com condições gerais, e nem por isso se

enquadro no conceito existencial. Os contratos de consumo podem em sua maioria corresponder à ideia de contrato existencial, mas não é pelo fato de expressarem uma relação de consumo que só por isso possam ser de logo assim considerados, muitos possuem relação com a prestação de bens supérfluos ou desnecessários.

E, por fim, os contratos de lucros possuem como objetivo o empreendimento privado. A empresa se organiza com o propósito de auferir lucro. Pode-se dizer que o contrato é de lucro quando celebrado entre empresas no exercício de sua atividade econômica, no intuito de obter benefícios de sua atividade. Desinteressa a intenção subjetiva das partes e o resultado concreto obtido no final, pois não se pode definir o contrato com base no elemento psicológico, nem a partir de um resultado que poderá não acontecer. É a avença de natureza patrimonial da qual participam empresas no desempenho de sua atividade-fim (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 102-104).

Quais são os efeitos dessas distinções? É dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização de sua função social, seja interna, seja externa, garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Assim, o princípio da boa-fé atua diretamente - com ênfase nos deveres de informação e de esclarecimento - para garantir o alcance da justa expectativa manifestada pelo contratante. Por sua vez, nos contratos de lucro, essa intervenção heterônoma seria de menos força, tendo em vista que se cuida de atividade de risco, que objetiva o lucro, com propósito puramente patrimonial, cabendo às partes os cuidados que devam adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão.

Na medida em que essa distinção realça a aplicabilidade das cláusulas gerais, com destaque a boa-fé objetiva para os contratos existenciais, aumenta a insegurança, mas permite melhor aplicação da justiça material.

A tentativa de desregulamentação dos mercados, provocado com o fenômeno do neoliberalismo, traz à tona muitas perplexidades. Sabe-se que três são os princípios do direito contratual que vêm do século XVIII e giram em torno da autonomia da vontade: (i) princípio da liberdade contratual *lato sensu*: as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei; (ii) princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais (*pacta sunt servanda*): o contrato faz lei entre as partes); e (iii) princípio da relatividade dos efeitos contratuais: o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Contudo, os grandes movimentos sociais do final do século XIX e da primeira metade do século XX

obrigaram os juristas a reconhecer o papel da ordem pública, acrescentando-se, um quarto princípio, chamado de “princípio da supremacia da ordem pública”. Posteriormente, o Estado intervencionista percebe que existe uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual, a hipercomplexidade dos tempos fez com que novos três princípios fossem somados, quais sejam: (iv) a boa-fé objetiva; (v) o equilíbrio econômico do contrato; e (vi) a função social do contrato.

A formação de um contrato vincula, necessariamente, a exposição e a manifestação da livre vontade entre os contratantes, ao ponto de discutir as cláusulas e formular os procedimentos a serem adotados no referido instrumento. Mas como pensar em discussão de cláusulas em tempos modernos? Vivenciamos uma *estandardização* dos contratos, isto é, os contratos de adesão superaram a fronteira dos contratos de consumo e passaram a ser adotados como modelo nas relações jurídicas. O cidadão deixou de reconhecer o outro como um parceiro transacional. Aquilo que servia como princípio de legitimação está sendo deixado de lado. A outra parte relacional voltou a ser mero instrumento. Existe vontade nos contratos modernos? Como falar em dever de cooperação quando na realidade sequer reconhecemos o outro lado? Nesse sentido, faz-se necessário reconhecermos que atualmente só podemos ter consciência clara das exigências futuras de justiça social se garantirmos a nós mesmos uma reminiscência comum às lutas reivindicatórias que, travadas no solo normativo da sociedade, ainda não foram satisfeitas no processo histórico de demanda social mediante promessa de liberdade institucionalizada.

Por tal motivo, apresenta-se aqui uma possível solução que será dada através daquilo que se denominou de “reconstrução normativa”. O referido método permitirá analisar o que é eticamente justo no social, assim, precisamos problematizar as discrepâncias existentes entre os princípios normativos da boa-fé e a realidade social. A construção até o momento exposta, deixa clara que o princípio da boa-fé é um modelo dentro do nosso Código Civil, mas cada vez mais, do ponto de vista teórico e de sua aplicação, existe um déficit social na sua aplicação. Não é possível falar em cooperação de indivíduos que sequer se reconhecem dentro de uma relação negocial.

Não se deve mais aplicar à realidade princípio de justiça obtidos de forma imanente, tampouco se deve pressupor a realidade social como um objeto já suficientemente analisado. Isso leva a Axel Honneth a retornar o conceito de eticidade – proposto por Hegel – para chamar a atenção para a rede de rotinas e obrigações

que se relacionam certas atitudes morais enquanto práticas sociais, isto é, enquanto valores institucionalizados socialmente.

A partir do próximo capítulo a aposta na reconstrução normativa será o meio de elaborarmos uma teoria da justiça para avançar em importantes questões surgidas da boa-fé. O intuito final é demonstrar como determinados avanços dentro de uma comunidade cooperativa e a superação do abismo entre a filosofia política e a práxis social podem servir como condições de autorrealização individual na ordem social das sociedades modernas, garantindo, ainda, a possibilidade da consagração da autonomia do sujeito. A liberdade social, através da qual os objetivos autodeterminados dos diferentes sujeitos se confirmam e se ampliam mutuamente, somente será efetivada a partir do reconhecimento recíproco em diferentes esferas da vida.

De nada adianta falarmos de dever de cooperação e integridade, atinentes à boa-fé, se não identificarmos instituições da modernidade que encarnam a capacidade de reciprocidade, de reconhecimento e de construção conjunta entre os indivíduos. É na experiência social, considerando que há uma eticidade inscrita na realidade, que se avalia o justo a partir das relações entre as necessidades do sujeito e a comunidade intersubjetiva concretizada nas instituições. A justiça não pode ser alcançada nem pelo contrato, nem pelo procedimento. A justiça decorre da realidade social e é na articulação entre liberdade e sistema institucional que se realizam as condições de dotar a sociedade maior liberdade possível. A ideia é a construção de uma ordem justa a partir da estrutura institucional existente e não como modelo prévio a ser aplicado à realidade para mensurar o quanto esta realidade está próxima ou distante do modelo.

4 POR UM NOVO PARADIGMA: A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DA BOA-FÉ

Neste capítulo será analisada a Teoria Crítica alemã, sua metodologia e a importância de adotarmos um paradigma crítico da sociedade e do direito como forma de identificar, através do diagnóstico do tempo presente, quais são as barreiras que impedem o acesso à emancipação ou à liberdade dos indivíduos.

Para isso, pretende-se apresentar uma breve análise histórica do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, partindo de seus fundadores até chegar nos autores

contemporâneos que fazem parte dessa matriz metodológica, em especial, Jürgen Habermas e Axel Honneth.

Posteriormente, pretende-se analisar o método denominado de “reconstrução normativa”, proposto por Axel Honneth e realizar a reatualização do princípio da boa-fé para uma boa-fé intersubjetiva.

4.1. O QUE É TEORIA CRÍTICA?

Para atingir o objetivo da pesquisa, qual seja, repensar a boa-fé em um contexto intersubjetivo, é preciso esboçar rápidos elementos da vertente intelectual conhecida como Teoria Crítica alemã, para, posteriormente, vincular Axel Honneth, autor que elabora a tese da “reconstrução normativa”, núcleo da presente pesquisa.

Em 1924, por iniciativa do economista e cientista social Felix Weil, apoiado decisivamente por Max Horkheimer e Friedrich Pollock, fundou-se, em conjunto com a Universidade de Frankfurt (*Main*), o *Institut für Sozialforschung* (Instituto de Pesquisa Social)⁴⁰.

⁴⁰ É comum esta vertente intelectual ser denominada de Escola de Frankfurt. Nobre explica a razão: “Para compreender isso, é necessário retomar a história do Instituto e a experiência histórica do nazismo. Antes de mais nada, é preciso lembrar que, ao lançar as bases do materialismo interdisciplinar, em seu discurso de posse na direção do Instituto, em 1931, Horkheimer já tinha diante de si a vertiginosa ascensão do movimento nazista. Nesse contexto, é desnecessário lembrar os riscos que corria um Instituto declaradamente marxista e composto em sua grande maioria por pesquisadores de origem judaica. E o temor diante da real possibilidade da tomada do poder por Adolf Hitler fez com que o Instituto inaugurasse, naquele mesmo ano, um escritório em Genebra, na Suíça, e transferisse o seu capital para a Holanda. Desse modo, quando Hitler torna-se chanceler do governo alemão, em janeiro de 1933, o Instituto transfere sua sede administrativa quase que imediatamente para Genebra e abandona as instalações em Frankfurt. De fato, Horkheimer acabou exonerado de suas funções na Universidade já em abril de 1933 e as instalações do Instituto em Frankfurt foram depredadas pelos nazistas. A editora alemã da revista informou Horkheimer de que não poderia mais publicá-la. Assim começou o longo exílio do Instituto e de seus pesquisadores, que iria durar até 1950, quando de sua reinauguração em Frankfurt. [...] É preciso enfatizar que a etiqueta ‘Escola de Frankfurt’ surgirá apenas na década de 1950, após o retorno do Instituto à Alemanha. Trata-se, portanto, de uma denominação retrospectiva, quer dizer, que não tinha sido utilizada até então e com a qual se reconstruiu em um determinado sentido a experiência anterior. Essa característica do rótulo ‘Escola de Frankfurt’ tem muitas implicações. Em primeiro lugar, significa que o sentido da expressão ‘Escola de Frankfurt’ será em grande parte moldado por alguns dos pensadores ligados à experiência da Teoria Crítica, em particular aqueles que retornaram à Alemanha após o final da Segunda Guerra Mundial, já que muitos permaneceram nos países em que encontraram abrigo da perseguição nazista. Além disso, terão mais influência na moldagem do rótulo ‘Escola de Frankfurt’ aqueles intelectuais que tiveram posições de direção no pós-guerra, tanto no Instituto como na Universidade. Nesse sentido, Horkheimer é a figura central desse movimento, já que não apenas permanece na direção do Instituto em sua reinauguração em Frankfurt como torna-se reitor da Universidade. A seu lado, como íntimo colaborador, está Theodor W. Adorno, que o sucedeu na direção do Instituto em 1958.” (NOBRE, 2003, p. 17-19).

Horkheimer, primeiro Diretor do Instituto, cargo que, com o passar dos anos, demonstrou que o ocupante teria uma posição acadêmica consolidada, sobretudo, em razão da cátedra na Universidade, se tornou decisivo para o bom funcionamento das pesquisas e a divulgação dos trabalhos explicitamente vinculados ao marxismo, que, até o momento, eram excluídos das instituições universitárias. Ao ocupar o cargo, Horkheimer instalou o Instituto na Filosofia, dando-lhe o nome de Filosofia Social, bem como propôs como marco referencial teórico a obra de Karl Marx e o marxismo, inaugurando, o que passou a vertente intelectual que passou a ser conhecida como Teoria Crítica (NOBRE, 2003, p. 7).

Um dos principais elementos fundadores do Instituto, que se encontra presente até hoje, é o trabalho coletivo interdisciplinar, isto é, dá-se um sentido positivo ao aprofundamento da especialização no âmbito das ciências humanas, em que disciplinas como a economia, o direito, a ciência política e a psicologia ganhavam, à época, cada vez mais autonomia e independência, algo inovador naquele momento. Valoriza-se a expertise em seus aspectos positivos, e, ao mesmo tempo, garante-se uma unidade para os resultados das pesquisas em cada um desses ramos de conhecimento, método que ficou conhecido como “materialismo interdisciplinar”.

Contudo, cabe uma ressalva, para que a teoria não fosse identificada, de forma errônea, ao marxismo na sua forma mais ortodoxa, Horkheimer se ocupou, desde o início, em percorrer a história da filosofia social, para fundamentar sua teoria sem recair no pragmatismo clássico das teorias materialistas às quais o próprio autor se opunha. Utilizou, em demasia, as filosofias idealistas de Kant e Hegel, seja para aproveitá-las ou para criticá-las na medida em que não se encaixavam na proposta de modificação social (GONÇALVES, 2016, p. 18). Nesse sentido, expôs Horkheimer, ao posicionar sobre a filosofia social:

Seu objetivo final seria a interpretação filosófica do destino dos homens, enquanto não são meros indivíduos, mas membros de uma comunidade. Portanto, a filosofia social deve ocupar-se sobretudo daqueles fenômenos que somente podem ser entendidos em conexão com a vida social dos homens: no Estado, no Direito, na Economia, na Religião, ou seja, em toda a cultura material e espiritual da humanidade em geral. A filosofia social, entendida desse modo, se desenvolveu na história do idealismo alemão clássico, a ponto de se tornar uma tarefa filosófica decisiva. Seus resultados mais brilhantes constituem ao mesmo tempo as partes mais consequentes do sistema hegeliano. Não que a filosofia antes de Hegel não se esforçasse para compreender os objetivos filosófico-sociais: as obras principais de

Kant contém as teorias filosóficas da ciência, do direito, da arte e da religião. Mas esta filosofia social se baseava na filosofia da personalidade singular: aqueles âmbitos do ser valiam como projetos de pessoa autônoma. [...] Com Hegel, o idealismo transformou-se, assim, nas suas partes essenciais, numa filosofia social: a compreensão filosófica do todo coletivo no qual vivemos, e que constitui o terreno para as criações da cultura absoluta, se identifica agora como o conhecimento do sentido do nosso próprio ser em seu verdadeiro valor e conteúdo. (HORKHEIMER, 1999, p. 121-122).

Em um primeiro esquema, a Teoria Crítica poderia ser teorizada como pesquisadores de diferentes especialidades trabalhando de forma interdisciplinar⁴¹ e tendo como ponto de partida a tradição marxista. Sendo que o termo Teoria Crítica surgiu pela primeira vez como conceito no texto “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”, de 1937, de autoria do primeiro Diretor do Instituto.

Marcos Nobre (2004) explana que três coisas se designam da Teoria Crítica: (i) um grupo específico de intelectuais filiados a um campo teórico e reunidos no Instituto de Pesquisa Social; (ii) um campo que já existia previamente à sua conceituação pelo próprio Horkheimer, isto é, o campo do marxismo; e (iii) apresenta uma interpretação específica do pensamento de Marx para utilizar-se desses parâmetros interpretativos para analisar o momento histórico que se encontra, essa última característica, pode ser designada como Teoria Crítica em sentido estrito.

Por sua vez, a Teoria Tradicional decorre da concepção moderna de ciência e de teoria científica e se estabelece como um conjunto de princípios abstratos a partir dos quais se torna possível formular leis que explicam a conexão necessária dos fenômenos naturais segundo relações de causa-efeito, com isso, o cientista observa os fenômenos e estabelece conexões objetivas entre eles. Para Horkheimer, a perspectiva tradicional de teoria, pretendendo explicar o funcionamento da sociedade, termina por adaptar o pensamento à realidade e, em nome dessa pretensa neutralidade, a Teoria Tradicional resigna-se à forma histórica presente da dominação, sendo que, em uma sociedade dividida em classes, a concepção tradicional acaba por justificar essa divisão necessária (NOBRE, 2004, p. 38).

⁴¹ Para exemplificar: em economia, além de Friedrich Pollock (1894-1970), Henryk Grossmann (1881-1950) e Arkandij Gurland (1904-1979); em ciências sociais e direito, Franz Neumann (1900-1954) e Otto Kirchheimer (1905-1965); na crítica da cultura, Theodor Adorno (1903-1969), Leo Löwenthal (1900-1993) e, alguns anos mais tarde, Walter Benjamin (1892-1940); em filosofia, além de Horkheimer (1895-1973), também Herbert Marcuse (1898-1978); e, em psicologia e psicanálise, Erich Fromm (1900-1980).

A Teoria Crítica busca eliminar essa parcialidade da Teoria Tradicional, mas isso não significa afastar ou negar a Teoria Tradicional; mas sim dar consciência concreta de sua limitação. O comportamento crítico torna-se possível porque fundado em uma orientação para a emancipação da sociedade, para a realização da liberdade e da igualdade que o capitalismo ao mesmo tempo possibilita e bloqueia, para isso, se faz necessário o diagnóstico do tempo presente (NOBRE, 2004, p. 40).

Dois são os modelos vistos dentro da Teoria Crítica: (i) o do livro *Dialética do Esclarecimento*, de Horkheimer e Adorno, publicado em 1947; e (ii) o modelo comunicativo, proposto por Jürgen Habermas.

O primeiro modelo abandona o modelo do materialismo interdisciplinar da década de 1930. Influenciados pela vitória das tropas aliadas no período pós-guerra, Adorno e Horkheimer passaram a entender que a restauração das possibilidades revolucionárias, pressuposto fundamental do anterior modelo, não era possível, em razão do bloqueio estrutural da prática transformadora. Por tal motivo, os autores realizaram aquilo que se designou como investigação humana de amplo espectro (NOBRE, 2004, p. 51):

Por isso, Horkheimer e Adorno empreenderam, na *Dialética do Esclarecimento*, uma investigação sobre a razão humana de amplo espectro. Seu objetivo foi o de buscar compreender por que a racionalidade das relações sociais humanas, ao invés de levar à instauração de uma sociedade de mulheres e homens livres e iguais, acabou por produzir um sistema social que bloqueou estruturalmente qualquer possibilidade emancipatória e transformou os indivíduos em engrenagens de um mecanismo que não compreendem e não dominam e ao qual se submetem e se adaptam, impotente. (NOBRE, 2004, p. 51).

O exercício crítico, contudo, encontra uma aporia neste primeiro modelo: a dominação total e completa da racionalidade instrumental sobre o conjunto da sociedade capitalista resulta um bloqueio estrutural da prática. Isto é, “se a razão instrumental é a forma única de racionalidade no capitalismo administrado, em nome de que é possível critica a racionalidade instrumental?” (NOBRE, 2004, p. 52). Adorno e Horkheimer assume essa aporia:

Para Horkheimer e Adorno, a racionalidade como um todo reduz-se a uma função de adaptação à realidade, à produção de conformismo diante da dominação vigente. Essa sujeição ao mundo tal qual aparece não é mais, portanto, uma ilusão real que pode ser superada

pelo comportamento crítico e pela ação transformadora: é uma sujeição sem alternativa, porque a racionalidade própria da Teoria Crítica não encontra mais ancoramento concreto na realidade social do capitalismo administrado, porque não são mais discerníveis as tendências reais da emancipação. Daí a tese forte que se anuncia no prefácio do livro: o processo de esclarecimento, que é inseparável do projeto moderno de uma forma de vida emancipada, converteu-se na sua própria autodestruição. (NOBRE, 2003, p. 12).

Com o passar das décadas, Jürgen Habermas ascende como o principal representante do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt. Nascido em Düsseldorf, Alemanha, em 1929, doutorou-se em Marburgo, sendo professor de Filosofia Heidelberg e de Filosofia e Sociologia em Frankfurt. Trabalhou como assistente de ensino de Theodor Adorno e é o representante da chamada “segunda geração da Escola de Frankfurt.

Habermas compreende que apoiar de forma consciente a possibilidade da crítica em uma aporia significa colocar em risco o próprio projeto crítico. Portanto, Horkheimer e Adorno fragilizaram a sua tese quando bloquearam a realização de um comportamento crítico, ou seja, a orientação para a emancipação resta bloqueada. Assim, o autor adota uma postura de contraposição a essa posição aporética, tendo em vista que enxerga o esgotamento da filosofia da consciência na fase inaugural da Teoria Crítica:

Gostaria de insistir em que o programa da teoria crítica em sua fase inicial fracassou não por este ou aquele acaso, mas por causa do esgotamento do paradigma da filosofia da consciência. Demonstrarei que uma mudança de paradigma em direção à teoria da comunicação permite o retorno a um empreendimento que, a seu tempo, viu-se interrompido pela crítica da razão instrumental; essa mudança de paradigma pode consentir na retomada de tarefas de uma teoria social crítica que ficaram abandonadas. (HABERMAS, 2015, p. 665).

Para superar essa barreira, o autor propõe o modelo comunicativo que tem como objetivo central revelar aspectos do processo histórico, omitidos nas análises anteriores, isto é, dos primeiros teóricos da Teoria Crítica, e corrigir o que fora falsamente diagnosticado, bem como reinterpretar os fatos. A teoria da ação comunicativa tem como tarefa principal denunciar os processos que levam a situações de comunicação “sistematicamente distorcida”.

Habermas observa, em *Conhecimento e interesse* (2014b), como Kant, Hegel e Marx, concomitantemente, cometeram vários equívocos que possibilitaram a gênese

do Positivismo. Enquanto o Positivismo buscar demonstrar o caráter neutro das ciências sociais com relação aos interesses, Habermas constatou que o conhecimento produzido pela espécie humana explicita o interesse que ela possui por sua própria emancipação. Por tal motivo, as ciências da natureza explicam como a humanidade pode se libertar das cadeiras impostas pela natureza mediante o trabalho, bem como as ciências do espírito manifestam o interesse prático por meio do qual a interação pode se reproduzir em condições sociais de não dominação. Além disso, a chamada primeira geração da Escola de Frankfurt, pensava na possibilidade de uma identidade do homem com a natureza e com relação ao próprio homem.

Ao reconhecer que a hermenêutica realizou um importante trabalho na investigação sobre as condições de produção do conhecimento, Habermas aponta que ela desmantelou a cortina de objetivismo lançada pelo Positivismo. Contudo, o autor argumenta que a hermenêutica não se atentou ao fato que, na interação como modo da ação comunicativa, podem surgir formas de comunicação sistematicamente distorcidas que obliteram o conhecimento sobre objetos culturais reprimidos e esquecidos. Em razão disso, o interesse emancipatório da espécie, em lugar de pretender constituir um novo domínio de objetos, aspira, na realidade, dissolver as falsas objetividades geradas pela comunicação sistematicamente distorcida, originando um novo tipo de ciência, definidas como ciências críticas (DURÃO; DURÃO, 2012, p. 26).

Habermas já anuncia na obra *Conhecimento e Interesse*, de 1968, a relevância da categoria da linguagem. Posteriormente, Habermas trata do “*linguist turn*” ou da mudança de paradigma (“*Paradigmawechsel*”) na sociologia. É o momento em que declara, um novo caminho reconstrutivo da teoria social, não se vinculando mais unicamente a categoria do “trabalho”, mas, sim, a categoria da “linguagem”. Resgata Mead, Durkheim, Weber, Parsons, Austin, Searl, Ayer em detrimento de Marx e Lukács.

Habermas demonstra sua filiação ao pensamento clássico da Ilustração ou Esclarecimento (“*Aufklärung*”), cujo interesse emancipatório é destacado e preservado em toda a obra do autor. A categoria da emancipação inclui, necessariamente, a ideia da busca da autonomia no sentido de tomada das redes do próprio destino. Inclui, nesse sentido, a dimensão psíquica interna desvendada por Freud, Piaget e Kohlberg, garantindo a abertura de uma nova perspectiva para a

moralidade, eticidade e o direito que transcende Hegel e introduz uma nova teoria discursivo da moral e do direito (FREITAG, 2005, p. 33).

O autor enxerga dois processos centrais que marcam a passagem das sociedades nomeadas como primitivas para a modernidade, conforme destaca Barbara Freitag:

O primeiro consiste na “disjunção” (Entkoppelung) do mundo vivido e do sistema. Estes constituíam, originalmente, uma unidade que foi se desmembrando e desenvolvendo mecanismos autônomos de integração, específicos para cada um dos aspectos societários: a integração social, assegurada pela ação comunicativa, dentro do mundo vivido, os mecanismos de integração social diferenciam-se de acordo com os três subsistemas que constituem a estrutura desse mundo: o cultural, o social e o de personalidade, assegurando a reprodução da cultura, a coordenação das ações sociais e a socialização. Na área do sistema, diferenciado basicamente em sistema econômico e político, atuam os mecanismos do dinheiro e do poder. O segundo processo, essencial para circunscrever a modernidade, consiste no que Habermas denominou de “colonização” do mundo vivido por mecanismos de integração sistêmicos. A ação comunicativa vai sendo gradualmente substituída – também na esfera do mundo vivido – pelos mecanismos de dinheiro e poder. (FREITAG, 2005, p. 47).

Habermas busca realizar a reunificação conceitual – e prática – do mundo vivido e do sistema numa concepção globalizante de sociedade em que estejam assegurados os processos de reprodução material e cultural pela cooperação e pelo consenso dos seus membros. A referida reintegração pressupõe, necessariamente, a descolonização do mundo da vida, ou seja, o afastamento da razão instrumental, que encontra-se atuando através dos mecanismos do poder e do dinheiro, e a consolidação da ação comunicativa que assegura, com fundamento no entendimento e do consenso, a integração social.

De forma simultânea, a teoria da ação comunicativa indica como os imperativos sistêmicos podem ser reduzidos e como a ação comunicativa pode ser reintroduzida e se fixar nos subsistemas econômico e político. Busca-se situações isentas de coerções/coações, em que seja possível uma comunicação plena e efetiva, isto é, não distorcida, em que as aspirações de validade possam ser explicitadas, questionadas ou confirmadas através do consenso. Essas situações são o principal desejo das sociedades modernas (HABERMAS, 2016).

Da mesma forma que Habermas critica o esgotamento do paradigma da consciência, seu sucessor, Axel Honneth, apresenta sua própria posição teórica em contraste e confronto com os seus antecessores. Da mesma forma que Habermas apresentou sua teoria da ação comunicativa como solução para os impasses que detectou em Horkheimer e Adorno, Honneth tem como objetivo demonstrar que a solução de Habermas para essas aporias se fez ao preço de novos problemas. Logo, pode-se afirmar que Honneth utiliza do mesmo método que os seus antecessores: parte das consequências desejáveis que seu pensamento almeja, busca encontrar em seus textos o caminho de um rumo teórico que não foi percorrido e que poderia ter evitado as dificuldades detectadas (NOBRE, 2003, p. 10).

Honneth partilha com Habermas a ideia do abandono do paradigma da consciência, mas entende que uma teoria da intersubjetividade não pode se apoiar em uma teoria da linguagem, isto é, de uma teoria que, em última instância, reduz comunicação a linguagem. Para o sucessor, faz-se necessário investigar as bases morais de uma intersubjetividade fundada no reconhecimento recíproco, ou seja, nas experiências de sujeitos humanos os processos de formação de suas identidades. Destacam Rúrion Melo e Denilson Luis Werle:

Para Honneth, a teoria crítica tem de procurar dar expressão às experiências de injustiça social dos sujeitos. Para desfazer o déficit sociológico, a saída apontada por Honneth é a de desenvolver o paradigma da comunicação mais em direção aos pressupostos sociológicos ligados à teoria da intersubjetividade, no sentido de explicitar as expectativas morais de reconhecimento inseridas nos processos cotidianos de socialização, de construção da identidade, integração social e reprodução cultural. Portanto, o paradigma da comunicação, para Honneth, teria de ser desenvolvido não nos termos de uma teoria da linguagem, mas sim a partir das relações de reconhecimento formados da identidade. A dinâmica da reprodução social, os conflitos e a transformação da sociedade poderiam ser mais bem explicados a partir dos sentimentos de injustiça e desrespeito decorrentes de violação das pretensões de identidade individual e coletiva. (MELO; WERLE, 2007, p. 12-13).

Posicionando o autor no tempo e espaço: Axel Honneth nasceu em Essen (Alemanha), no ano de 1949, apresentou sua tese de doutoramento à Universidade Livre de Berlin em 1983, que originou o livro *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*⁴², publicado pela editora Suhrkamp. Entre 1984 e

⁴² Tradução Livre: “Crítica do Poder: fases reflexivas de uma teoria crítica da sociedade.”

1990, foi assistente de Jürgen Habermas no Instituto de Filosofia da Universidade de Frankfurt, onde apresentou a sua tese de livre-docência, que se transformou no livro mais conhecido de sua produção, até o presente, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, publicado em 1992, pela mesma editora acima mencionada, com tradução no Brasil pela Editora 34, no ano de 2003, com o título *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Em maio de 2001, Honneth assumiu a direção do Instituto de Pesquisa Social.

Habermas, na visão de Honneth, limitou-se a alargar o conceito de racionalidade e de ação social, somando à dimensão sistêmica uma outra, ambas operando segundo princípios de integração social opostos. O sucessor acredita que Habermas não enfrentou o problema por inteiro encontrado na *Dialética do esclarecimento*, isso porque o trabalho inaugural de Horkheimer, qual seja, *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, compreende uma concepção de sociedade que tem dois polos e nada a mediar entre eles: uma concepção de sociedade fixada entre estruturas econômicas determinantes e imperativas e a socialização do indivíduo e desconsidera, em demasia, a ação social como necessário mediador. Este é o ponto que Honneth denominará como “déficit sociológico da Teoria Crítica”:

Minha crítica de que os projetos clássicos da Teoria Crítica, chegando a Foucault, apresentam um déficit sociológico, possui uma rota de choque diferente em cada caso. Em relação a Adorno e Horkheimer, continuo convencido de que suas teorias da sociedade subestimam o sentido próprio do mundo da vida social. Eles não atribuem às normas morais nem às operações interpretativas dos sujeitos papel essencial na reprodução da sociedade. Ambos tendem a um funcionalismo marxista: a socialização, a integração cultural e o controle jurídico possuem meras funções para a imposição do imperativo capitalista da valorização. Em Habermas isso é diferente. Ele parte justamente da racionalidade comunicativa do mundo da vida social. Por isso eu vejo o seu déficit sociológico inscrito na tendência a subestimar em todas as ordens sociais o seu caráter determinado por conflitos e negociações. Foucault, finalmente, tende a um déficit sociológico porque ele abandona a intuição central de Durkheim, segundo a qual toda ordem de poder carece do assentimento normativo dos membros da sociedade na forma de um consenso. Essas distintas versões de um déficit sociológico na tradição da Teoria Crítica da sociedade só podem ser superadas quando se coloca no centro da vida social um conflito insolúvel por reconhecimento. Assim, o consenso moral e a luta social podem ser considerados estágios diferentes no processo de reprodução dos mundos da vida sociais. (HONNETH, 2003).

Habermas, no entendimento de Honneth, conseguiu afastar o bloqueio estrutural da ação transformadora e a redução do conjunto da racionalidade à

racionalidade instrumental. Contudo, não superou o “déficit sociológico”, pois é possível encontrar certa ambiguidade entre sistema e mundo da vida, em razão da oscilação entre a distinção que se propõe a ser meramente analítica e uma distinção real entre domínios sociais de ação diversos.

A distinção em sentido real habermasiana se revelou essencialista, na visão de Honneth, ao fundamentá-la em uma teoria da evolução por demais mecânica. Ademais, o antecessor buscou a distinção entre sistema e mundo da vida para solucionar as aporias da *Dialética do Esclarecimento*, para garantir tanto a possibilidade de uma limitação da razão instrumental quanto a perspectiva de uma ação emancipatória. Ao justificar a necessidade da racionalidade instrumental como elemento de coordenação da ação indispensável à reprodução material da sociedade, Habermas neutralizou normativamente o sistema, de modo a torná-lo contrário à lógica comunicativa. Logo, existe um problema de base na teoria da ação comunicativa: a incapacidade de pensar como o próprio sistema - e sua lógica instrumental – é resultado de permanentes conflitos sociais, aptos de moldá-los conforme a convergência de forças políticas e sociais (NOBRE, 2003, p. 15-17):

Habermas procura fazer dos processos de desenvolvimento espacial e temporalmente situados que estudou na institucionalização contraditória da esfera pública burguesa um modelo para a lógica que domina a dinâmica do desenvolvimento social no seu todo; o conflito antes observável entre o processo de formação moral entre os cidadãos que se comunicam entre si e as condições da sociedade de classe que se impuseram historicamente é por ele desligado de seu contexto histórico determinado e tornado, em um nível de abstração mais alto, a força motriz do processo civilizatório. (HONNETH, 1991, p. 247).⁴³

Honneth conclui que:

É fato que Habermas não seguiu o caminho dessa alternativa de construção de uma teoria crítica da sociedade em base comunicativo-teórica; foi forte demais a marca da representação do diagnóstico do tempo de uma técnica autonomizada, por demais influente o diagnóstico sociológico de um conflito de classe que se dissolveu, para que pudesse ainda encontrar nas sociedades contemporâneas do

⁴³ Tradução livre: “Habermas attempts to take the temporally and spatially localized processes of development that he had studied in the contradictory institutionalization of the bourgeois public sphere as a model for the logic that controls the dynamic of social evolution. He removes the conflict he could observe earlier between the moral process of will-formation of citizens who communicative with one another and the historically realized conditions of capitalist class society from its historically determined context and, a higher level of abstraction, makes it the driving power of the process of civilization”.

capitalismo tardio os traços de uma “dialética do antagonismo” de classe de caráter moral. Em lugar disso, ele trata de elaborar aquela posição de uma teoria crítica da sociedade presente na primeira versão de uma construção da história da espécie, inicialmente por meio de justificação teórico-evolutiva, e, por fim, por meio de uma extensão e de uma diferenciação dos conceitos fundamentais da teoria da ação. O resultado é uma – mas, ainda assim, apenas uma – transformação teórico-comunicativa da filosofia da história formulada por Adorno e Horkheimer na *Dialética do esclarecimento*. (HONNETH, 1991, p. 277).⁴⁴

O déficit sociológico mencionado por Honneth não diz respeito a falta ou ausência de estudos e análises propriamente da sociologia, mas de um déficit de análise que é proveniente da perda de centralidade do ponto de vista do social (NOBRE, 2013, p. 26). Para isso, o autor se propõe a realizar uma reconstrução inaugural que não possui como objeto direto o marxismo presente na obra de Horkheimer dos anos 1930, mas um paradigma “webero-habermasiano”.

Ressalta-se que o próprio Habermas já havia realizado a sua reconstrução no intuito afastar as deficiências do paradigma “clássico”, isto é, ao indicar as deficiências da fase inaugural da Teoria Crítica, o autor realizou uma reconstrução modelar do paradigma “webero-lukácsiano”:

A teoria a ser primeiramente reconstruída por Habermas cinco anos depois, em 1981, na *Teoria da ação comunicativa*, especialmente no Capítulo IV, não foi diretamente a de Marx, mas antes a versão do marxismo presente nos escritos de Max Horkheimer da década de 1930, interpretados por Habermas não apenas como um programa de trabalho coletivo, mas também como prolongamentos teóricos do livro de Georg Lukács, de 1923, *História e consciência de classe*. Consequentemente, tal qual em Lukács, o grande adversário teórico continua a ser Max Weber e o paradigma de enfrentamento dos desafios postos por ele passam a ser, para Habermas, o da superação de um paradigma que se poderia qualificar como “webero-lukácsiano”. E o resultado fundamental dessa reconstrução inaugural é a proposta habermasiana de uma teoria da modernidade e da modernização social ancorada nas categorias de “trabalho” e “interação” e em um modelo de sociedade em dois níveis, “sistema” e “mundo da vida”. (NOBRE, 2013, p. 21-22).

⁴⁴ Tradução livre: “Admittedly, Habermas has not followed this alternative of a critical social theory from its communication-theoretic foundation. He is too deeply impressed by the contemporary analysis of a technology that has taken of a life of its own, and too deeply influenced by the sociological diagnosis of a class conflict that resolves itself, to have been able to find the traces of a moral “dialectics of class antagonism” in the present societies of late capitalism. Instead of this he proceeds to work out the approach of a critical social theory that was laid out in the first model of the history of the species, initially through an expansion and differentiation of the basic concepts of action theory. The result is one, but only one, communication-theoretic transformation of the philosophy of history first formulated by Adorno and Horkheimer in the *Dialectic of Enlightenment*”. (HONNETH, 1991, p. 277).

Honneth, por sua vez, realiza sua reconstrução já tendo como base o paradigma “webero-habermasiano”:

No caso de Honneth, a reconstrução inaugural não tem mais por objeto direto o marxismo “webero-lukácsiano” do Horkheimer dos anos 1930, mas um “webero-habermasiano”. É a partir da reconstrução da teoria de Habermas que Honneth irá proceder à reconstrução da filosofia de Hegel e de outras teorias. E a reconstrução em dois níveis será explicitada por Honneth em um primeiro momento de sua trajetória intelectual (especialmente em *Luta por reconhecimento*) por meio da ideia mais geral de “atualização”, que indica justamente o segundo nível do processo reconstutivo. A “atualização” certamente tira de sombra o “segundo nível” da reconstrução habermasiana, antes encoberto; mas, ao mesmo tempo, nem por isso coincide com a maneira pela qual Habermas realiza ele mesmo suas reconstruções. Isso porque Honneth recusa de saída distinções como aquelas entre “trabalho” e “interação” ou “sistema” e “mundo da vida”. Ou seja, enquanto Habermas vai realizar suas reconstruções de segundo nível de maneira a preencher os requisitos de um “modelo de sociedade de dois níveis” (um dos resultados mais gerais de sua “reconstrução inaugural”), Honneth, em suas reconstruções de segundo nível, vai realizar “reconstruções atualizadoras”, “presentificações” a partir da “gramática comunicativa do social” (resultante de sua própria “reconstrução inaugural” da teoria de Habermas). (NOBRE, 2013, p. 23).

Honneth, portanto, realiza a sua reconstrução sem assumir compromisso com as distinções habermasianas, quais sejam, “mundo da vida” e “sistema”. O autor pretende demonstrar como o projeto da “virada comunicativa” se choca com demasiada abstração:

Se Honneth concorda com Habermas sobre a necessidade de se construir a teoria crítica em bases intersubjetivas e com marcados componentes universalistas, defende também, contrariamente a este, a tese de que a base da interação é o conflito, e sua gramática, a luta por reconhecimento. Nesse contexto, a ideia de “reconstrução” como operação teórica fundamental, cunhada por Habermas e também utilizada por Honneth, ganhará sentido diverso neste último. Pois a reconstrução habermasiana parece a Honneth por demais abstrata e mecânica, ignorando largamente o fundamento social da teoria crítica, que é o conflito social. Desse modo, Honneth preferirá partir dos conflitos e de suas configurações sociais e institucionais para, a partir daí, buscar as suas lógicas. Com isso, torna-se possível, em princípio, construir uma teoria do social mais próxima das ciências humanas e de suas aplicações empíricas. (NOBRE, 2003, p. 17).

Honneth utiliza Hegel⁴⁵ como sua principal base e referência, isso porque Hegel, na visão do autor, une pretensões estritamente universalistas com a permanente preocupação com o desenvolvimento do indivíduo:

Enquanto Habermas, em *Facticidade e validade*, desenvolve uma concepção normativa segundo a qual a legitimidade da ordem jurídica do Estado resulta da garantia das condições de formação democrática da vontade, Hegel parte da autorrealização individual com a finalidade de derivar de suas condições a tarefa de uma ordem jurídica moderna: que as esferas comunicativas entrem para ele em primeiro plano, resulta justamente do modo particular como determinar a estrutura da liberdade da “vontade livre”. (HONNETH, 2007, p. 79-80).

Vale ressaltar que os aspectos reconstitutivos designados nos termos “atualização” e “reconstrução” foram mantidos por Honneth no livro *O direito da liberdade* (2015) e desempenham a mesma função de produzir dois aspectos de reconstrução de “segunda ordem”, devedora da reconstrução inaugural do modelo habermasiano. Para isso, Honneth opera no interior do “paradigma reconstutivo” inaugurado por Habermas. Ainda, o autor distingue o interior desse paradigma por sua proposta de “reconstrução normativa”, enunciada no livro *Sofrimento de indeterminação* – publicado originalmente em 2001 e no Brasil em 2007 – e a fundamentação do livro *O Direito da Liberdade* – publicado originalmente em 2011 e no Brasil em 2015.

As diferenças são claras entre o modelo de “reconstrução normativa” proposta por Honneth e a reconstrução original pensada por Habermas. Na *Teoria da ação comunicativa*, o motivo da reconstrução foi exposto como sendo a apresentação das estruturas do agir e do entendimento insculpidas no saber intuitivo dos membros competentes das sociedades modernas; por sua vez, o objeto da reconstrução proposta por Honneth é reconstruir as condições históricas e sociais que impõem a cada vez os limites do que pode entrar em linha de conta como “norma”, assim sendo, a reconstrução dessas condições limitantes deve permitir divisar a extensão do que

⁴⁵ No livro *Luta por reconhecimento*, Honneth utiliza a *Realphilosophie*, de Hegel; em “O Direito da Liberdade”, Honneth parte do livro “Filosofia do Direito”, do mesmo autor.

pode atingir o campo do normativo, bem como sua efetiva limitação no tempo presente (NOBRE, 2013, p. 41-42).

No livro *O direito da liberdade*, Honneth trabalha o conceito de liberdade individual como o valor central da sociedade capitalista e democrática moderna e contemporânea. Servindo-se da estratégia metodológica da “reconstrução normativa”, o autor demonstra como a liberdade individual representa um momento normativo sempre presente no desenvolvimento social e econômico das sociedades industrializadas – momento em que será possível operacionalizar uma crítica social centrada nas noções de patologia social e de desenvolvimento errado.

Para compreender o real sentido do texto, faz-se necessário a abertura de um subcapítulo que explicitará a teoria proposta por Axel Honneth, bem como a proposta alternativa de uma leitura intersubjetiva da boa-fé que permita representar um possível caminho para o fechamento de eventuais lacunas do direito e, sobretudo, de legitimação operacional em seus atos de concretização. A função da boa-fé intersubjetiva que será proposta não estará no auxílio operativo que o princípio pode realizar às decisões que fecham e concretizam o direito, mas sim na abertura cognitiva-discursiva ao plano consensual, fundamentado no reconhecimento.

4.2. A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DA BOA-FÉ: POR UMA BOA-FÉ INTERSUBJETIVA

Em sua obra “O direito da liberdade”⁴⁶, de 2011, Honneth atribui que os valores legítimos das modernas sociedades liberal-democráticas se unificaram, a saber, na liberdade individual nos seus sentidos plurais que conhecemos, “não porque a liberdade represente em si um valor superior aos outros, mas porque a própria sociedade moderna ocidental lhe atribui este valor superior” (PINZANI, 2013, p. 299). O conceito de liberdade individual honnethiano não desconsidera que o indivíduo está sempre vinculado a um contexto social caracterizado pela existência de instituições e práticas sociais, diante disso, o autor distingue a liberdade em três tipos: a liberdade *negativa* ou *jurídica*; a liberdade *reflexiva* ou *moral*; e a liberdade *social*.

Ao analisar as três diferentes formas de liberdade, o autor utiliza dois conceitos que permitem descrever fenômenos que ameaçam o próprio valor da liberdade individual. No caso das formas negativa ou jurídica e reflexiva ou moral, ele se serve

⁴⁶ Título original: *Das Recht der Freiheit*, publicado pela editora Suhrkamp Verlag, de Berlim.

do conceito de patologia social; no caso da liberdade social, do conceito de desenvolvimento errado (*Fehlentwicklung*).

O autor atribui à filosofia social a tarefa de identificar e analisar as patologias sociais, que podem ser definidas como processos evolucionários da sociedade que atrapalham ou até impossibilitam os indivíduos de se autorrealizarem ou de chegarem a formas bem-sucedidas de vida-bom. A patologia social assume papel central no que diz respeito à liberdade jurídica e à liberdade moral.

A liberdade jurídica está conexa à existência de um sistema de direitos subjetivos, surgido na modernidade por um processo histórico. Honneth é peremptório ao reconhecer que tais direitos subjetivos tiveram, de forma inaugural, um caráter econômico, com o primado do direito à propriedade. Contudo, com o passar do tempo, os direitos subjetivos alcançaram um espaço de proteção do indivíduo, que lhe possibilita desenvolver autonomamente seu plano de vida independentemente das concepções e valores socialmente dominantes, exemplo disso é o pluralismo ético que caracteriza as sociedades modernas e que representa a concessão ao indivíduo de escolher entre valores e visões éticas diferentes (HONNETH, 2015, p. 132-146).

Na liberdade jurídica encontra-se presente o risco de uma patologia social: a possibilidade dos indivíduos identificarem a sua liberdade unicamente com a liberdade jurídica, isto é, com direitos meramente negativos e que, portanto, tais direitos acabem sendo os elementos constitutivos do plano de vida de seus titulares:

A causa de perturbação reside na incapacidade, por parte dos atores, de entender e efetivar adequadamente o sentido das margens de ação que lhes abre o direito: em vez de contemplar a oportunidade de se livrar temporariamente de todas as imposições comunicativas de justificação e realizar as próprias intenções que, no entanto, são orientadas apenas para o êxito, a interrupção da comunicação em cada caso é mal interpretada e concebida como forma de coordenação de todas as demais interações. (HONNETH, 2015, p. 161).

O autor entende que a ideia de liberdade associada ao direito moderno pode ser mal interpretada somente no sentido de que os direitos subjetivos, pensados como garantias de proteção, aparecem no lugar de toda orientação à ação mediada intersubjetivamente. Os indivíduos encontram-se tão ligados à busca de suas ponderações e fins puramente privados que, ao final, se comportam apenas como entidades jurídicas estrategicamente posicionadas, perdendo a conexão com as práticas comunicativas de seu ambiente social (HONNETH, 2015, p. 170).

Além disso, existe uma segunda possibilidade de incompreensão da liberdade jurídica: a recusa de laços vinculadores. Em tais casos, não são tomadas integralmente as opções de ação juridicamente permitidas, mas o adiamento e a interrupção de toda pretensão comunicativa, de modo que já nem a formação de aspirações e de convicções duradouras chega a prosperar.

A patologia social que surge dessas duas possibilidades é expressa na formação característica que pode ser descrita como indecisão e estado de se deixar levar: “a subjetividade do indivíduo não é imobilizada em função da entidade jurídica, mas, na verdade, apenas reproduz o caráter suspensivo do direito, ao se manter livre de toda decisão vinculadora” (HONNETH, 2015, p. 171). Portanto, “a mera função de postergação e interrupção que essa forma institucionalizada de liberdade detém seria mal compreendida no sentido de sugerir uma vida sob duradoura precaução, na qual se evitam aspirações e intenções de alcance profundo” (HONNETH, 2015, p. 173).

De forma sintética: o indivíduo se reduz à soma de suas pretensões jurídicas e fecha o fluxo comunicativo que o une às outras pessoas. Os direitos são utilizados como uma barreira oposta às exigências de justificação que provêm dos outros indivíduos, eis a possível patologia da liberdade jurídica.

A liberdade moral, por sua vez, corresponde com aquilo que na tradição filosófica foi definido como “autonomia moral”. Isto é, consiste na capacidade pôr em questão normas, exigências ou instituições socialmente válidas com base em razões universais, ou seja, com base em argumentos extraídos do consenso de todos os indivíduos. Pode-se concluir, também, que se trata de uma liberdade negativa: é a liberdade de recusar normas ou instituições sociais que não superem o teste de universalização (HONNETH, 2015, p. 175-208).

O exercício da liberdade moral necessita não somente que os sujeitos tenham a capacidade de diferenciar entre razões corretas ou falsas, mas também que sejam capazes de colocar-se no lugar dos outros. Isto é, pressupõe-se do sujeito moral a abstração de sua posição particular, no intuito de assumir uma perspectiva neutra. Esta capacidade, contudo, abre o risco de mais duas patologias sociais: (i) o indivíduo se tornar um moralista incapaz de situar-se no próprio contexto social, ou seja, o próprio isola-se do social, ao agir como se tal não existisse, e tende a se considerar como um legislador moral; e (ii) adotar uma postura de verdadeiro terrorismo com motivações morais, a partir da qual a ordem social é considerada injusta e imoral na sua totalidade, reivindicando, assim, a sua destruição (PINZANI, 2013, p. 301-302).

De forma sintética, Honneth explica a diferença entre os dois primeiros tipos de liberdade:

A instituição da liberdade jurídica deve dar aos indivíduos a oportunidade, controlada pelo Estado de direito, de suspender decisões éticas por determinado período, para que se possa realizar uma apreciação do próprio querer; a instituição da liberdade moral concede aos indivíduos a possibilidade de rechaçar determinadas imposições de ação alegando motivos juridicamente justificáveis. (HONNETH, 2015, p. 223).

Ao terceiro tipo de liberdade, qual seja, à liberdade social, Honneth dedica aproximadamente dois terços do livro, pois, na visão do autor, é nela em que se realiza mais propriamente a liberdade do indivíduo. Em relação às duas primeiras, Honneth diz que elas se relacionam de maneira um tanto “parasitária como uma prática de vida social, que não apenas já as precede sempre, como também devem, só a elas, seu verdadeiro direito de existir” (HONNETH, 2015, p. 223). Portanto, para o autor a liberdade jurídica e a liberdade moral servem para distanciar-se ou fechar-se perante as exigências ligadas a relações sociais preexistentes, mas são incapazes de criar laços vinculantes de uma realidade intersubjetiva compartilhada no seio do mundo social:

Considerando-se que essas práticas da liberdade individual, por sua vez, não geram quaisquer coerências de ação que sejam novas e substanciais e contenham fins consistentes e laços vinculantes, elas apresentam sua constituição modal apenas segundo “possibilidades” da liberdade; servem ao distanciamento, à verificação ou à comprovação de determinadas relações de interação, mas elas próprias em si não constituem uma realidade intersubjetivamente compartilhada no seio do mundo social. (HONNETH, 2015, p. 224).

Honneth entende que a liberdade individual somente é experimentada no contexto de obrigações sociais que surgem do fato de desempenharmos certos papéis sociais, como por exemplo, agentes econômicos, produtores, consumidores, cidadãos, parceiros, pais, entre outros:

As premissas antes esboçadas fazem que a liberdade individual só alcance uma realidade que pode ser experimentada e vir socialmente em complexos institucionais com obrigações de papéis complementares, enquanto essa liberdade, na esfera do direito e da moral “oficialmente” previstas para ela, possui apenas o caráter de mero distanciamento ou revisão reflexiva. (HONNETH, 2015, p. 231).

Para construir a realidade da liberdade, Honneth entende que é necessário reconstruir as esferas de ação nas quais as obrigações de papéis reciprocamente complementares cuidariam para que os indivíduos, nas atividades de liberdade de seus parceiros de cooperação, pudessem reconhecer uma condição para realizar seus próprios fins. Assim, a liberdade é social, pois, longe de isolar o indivíduo do contexto social – patologia presente nos dois primeiros tipos de liberdade -, a liberdade só é experimentada na interação com outros indivíduos.

Portanto, não é possível identificar patologias sociais ligadas ao exercício da liberdade social, tendo em vista que tais patologias remetem a um mal-entendido sistemático que leva o indivíduo a atribuir sentido errado à sua liberdade jurídica ou moral (PINZIANI, 2013, p. 302). Logo, no caso da liberdade social, estamos diante do que Honneth denomina de desenvolvimento errado (*Fehlentwicklung*), trata-se de regressões históricas, que levam a sociedade a perder um nível de liberdade social que já havia alcançado.

O modelo seguido por Honneth, conforme já mencionado, no livro *O Direito da liberdade* é o da *Filosofia do direito* de Hegel. Por tal motivo, o autor enxerga a realização da liberdade social dos indivíduos em três esferas: (i) a das relações íntimas; (ii) a do mercado; e (iii) a do Estado democrático. Não somente as três formas de liberdades correspondem de forma direta às três maneiras de pensar a liberdade nas três seções do texto hegeliano⁴⁷, mas a própria divisão de três esferas da realização da liberdade social corresponde à subdivisão das três esferas do mundo ético da terceira seção da *Filosofia do direito*: família, sociedade civil e Estado (PINZIANI, 2011, p. 303).

Para trabalhar as maneiras que a liberdade é realizada concretamente nas esferas da liberdade social, Honneth recorre a uma estratégia argumento que ele denomina de “reconstrução normativa”, que, na linguagem do próprio autor, é conceituada da seguinte forma:

Por “reconstrução normativa” entende-se o processo pelo qual se procura implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade, já que valores justificados de modo imanente são, de maneira direta, tomados como fio condutor da elaboração e classificação do material empírico. Tendo em vista seus

⁴⁷ A liberdade jurídica corresponde ao direito abstrato, a moral à seção da moralidade e a social à seção da eticidade.

esforços normativos, as instituições e práticas são analisadas e apresentadas à medida que se mostram importantes para a materialização e realização de valores socialmente legitimados. Com relação a esse processo, “reconstrução” deve significar que, tomando-se o conjunto das rotinas e instituições sociais, são escolhidas e representadas unicamente as que possam ser consideradas indispensáveis para a reprodução social. E uma vez que os objetivos da reprodução devem ser estabelecidos em grande parte de acordo com os valores aceitos, a reconstrução “normativa” implica necessariamente ordenar as rotinas e instituições sob o ponto de vista da força de sua contribuição quanto à divisão do trabalho, para estabilização e implantação daqueles valores. (HONNETH, 2015, p. 24-25).

Isto é, “trata-se de ver qual é a contribuição das três esferas à realização dos valores considerados legítimos em uma sociedade” (PINZIANI, 2013, p. 303). Portanto, o principal objetivo de Honneth é reconstruir as condições históricas e sociais que impõem cada vez mais o limite do que pode entrar em linha de conta como norma.

Diferentemente de Habermas, que pretendia, segundo Honneth, realizar o desenvolvimento histórico do Estado de direito moderno o único ponto de referência de uma reconstrução normativa, entende ser correto, com base nos objetivos de uma teoria da justiça, executar uma reconstrução em toda a extensão do desenvolvimento atual de todas as esferas sociais centrais de valores institucionais (NOBRE, 2013, p. 42).

Um ponto importante: Honneth se esforça para neutralizar a metafísica do espírito hegeliano em sua reconstrução normativa. O autor trata em mais detalhe dos limites do modelo hegeliano para a presentificação do tempo, especialmente o que é caracterizado como uma “superinstitucionalização da eticidade” no âmbito da *Filosofia do direito*. E é justamente nesse momento em que, ao lado de uma caracterização alternativa da modernidade, sem o fardo da mencionada “superinstitucionalização”, converge com a retomada da mesma ideia de reconstrução:

O que antes foi chamado de “reconstrução normativa” não significaria então, sob essas condições levemente revisadas, reconstruir realidades juridicamente institucionalizadas, mas reconstruir as esferas sociais de valor da modernidade que se caracterizam pela ideia de uma combinação determinada de reconhecimento recíproco e autorrealização individual. Hegel poderia representar, com outras palavras, a sociedade moderna também como um complexo de esferas de reconhecimento que oferecem espaço de ação suficiente

para formas distintas de institucionalização social. (HONNETH, 2007, p. 136).

Para fugir do fardo do idealismo hegeliano, Honneth realiza “atualizações”, “reatualizações” e “presentificações” que estão inseridos sob a forma de resultados que são tomados como pontos de partida para as análises a partir de premissas enunciadas:

Se eu retorno esse projeto hegeliano hoje, mais de duzentos anos depois, obviamente o faço consciente de que tanto as relações sociais como as condições de argumentação filosófica mudaram consideravelmente. [...] para nós, filhos de um período esclarecido em termos materiais, o pressuposto de um monismo idealista, no qual se ancorava seu conceito dialético do espírito, já não é algo que pode ser imaginado, de modo que é preciso buscar outros fundamentos também para a sua noção de um espírito objetivo, realizado nas instituições sociais. (HONNETH, 2015, p. 18-19).

Honneth diz categoricamente que não é possível fundamentar as premissas necessárias para esboçar uma teoria da justiça sem justificá-las no curso da investigação. Para isso, o autor propõe quatro premissas: (i) a reprodução das sociedades até hoje está ligada à condição de uma orientação comum por ideias e valores basilares; (ii) se deve tomar apenas os valores ou ideais como ponto de referência moral de uma justiça que, como pretensões normativas, a um só tempo constitui reivindicações normativas e condições de reprodução de cada sociedade; (iii) deve-se validar o procedimento metodológico de reconstrução normativa; e (iv) o procedimento de reconstrução normativa oferece também a oportunidade de uma aplicação crítica:

Com essas quatro premissas é possível delinear os pressupostos metodológicos mais gerais da investigação que faço neste livro: na tentativa de desenvolver uma concepção de justiça pela via da teoria social, deve-se pressupor numa *primeira premissa*, antes de tudo, que a forma de reprodução social de uma sociedade é determinada por valores e ideais comuns compartilhados e universais; em última análise, tanto os objetivos da produção social como os de integração cultural são regulados por normas que possuem um caráter ético, já que não contêm representações do bem compartilhado. Na *segunda premissa*, como primeira aproximação, afirma-se que o conceito de justiça não pode ser entendido independentemente desses valores que abarcam todo o âmbito do social: como “justo” deve-se considerar o que, nas práticas e nas instituições da sociedade, tende a realizar os valores que são aceitos como gerais em cada uma delas. Somente

com a *terceira premissa* entra em cena o que mais precisamente significa implementar uma teoria da justiça como análise da sociedade com base em ambas as determinações precedentes. Assim se tem em mente que, a partir da diversidade da realidade social, são selecionados, ou, em termos metodológicos, reconstruídos normativamente os valores que seriam capazes de assegurar e realizar os valores universais. Com essa *quarta premissa* deve-se, por fim, garantir que a aplicação de tal procedimento metodológico não leve a afirmar a existência de instâncias da eticidade; mediante sua estrita execução, a reconstrução normativa tem de ser desenvolvida até o ponto em que, se for necessário, pode se tornar evidente em que medida as instituições e práticas éticas deixam de representar, de maneira suficientemente abrangente ou completa, os valores gerais que elas incorporam. (HONNETH, 2015, p. 31-32).

Verifica-se que a justificação passa a depender fundamentalmente de um diagnóstico do tempo presente que torne plausível essas reconstruções. Honneth traça um paralelo com as definições de papéis sociais nas sociedades tradicionais e afirma que deve ter havido margens de indefinição sujeitas a interpretações caso a caso; mas quanto mais os processos de individualização retiram a pressão própria da tradição, maiores as possibilidades e espaços para arranjos intersubjetivos. Portanto, antes de serem consideradas padrões de medida implícitos, as normas que provêm o ponto de apoio para a crítica têm de ser, primeiramente, deduzidas interpretativamente, em uma reconstrução do campo semântico das práticas sociais existentes. E conclui:

Por isso, hoje, em quase todos os subsistemas relacionais das sociedades altamente desenvolvidas, as correspondentes exigências de comportamento conservam ainda apenas delineamentos vagos, de modo que seu teor prescritivo se torna cada vez menos claro; muito do que se tem nas interpretações e negociações individuais pode valer como legítimo, o que há cinquenta anos seria visto como socialmente impensável. Ao mesmo tempo, os membros dessas sociedades estão em condições de traçar linhas delimitatórias nítidas e realçar uma em relação à outra em sua estrutura normativa; a capacidade de, em diferentes lugares da vida social, saber-se ligado a papéis específicos e, portanto, poder fazer distinções claras entre obrigações familiares e profissionais, por exemplo, mantém-se amplamente intacta, mesmo quando o grau de definição de cada modelo de papel tenha diminuído muito. (HONNETH, 2015, p. 230-231).

O resultado deste diagnóstico permite o acesso à chamada “gramática moral” dos membros da sociedade à qual pode se vincular, por sua vez a uma:

[...] reconstrução normativa, que se impôs como tarefa desvelar as esferas de ação das sociedades atuais em toda a sua extensão. Assim, as premissas antes esboçadas fazem que a liberdade individual só alcance uma realidade que pode ser experimentada e vir socialmente em complexos institucionais com obrigações de papéis complementares, enquanto essa liberdade, nas esferas do direito e da moral “oficialmente” previstas para ela, possui apenas o caráter de mero distanciamento ou revisão reflexiva. Portanto, para poder constituir a “realidade” da liberdade nas atuais circunstâncias sociais, é necessário reconstruir as esferas de ação nas quais as obrigações de papéis reciprocamente complementares cuidariam para que os indivíduos, nas atividades de liberdade de seus parceiros de cooperação, pudessem reconhecer uma condição para realizar seus próprios fins. (HONNETH, 2015, p. 231-232).

Não custa lembrar que o objetivo do presente trabalho é realizar uma releitura da boa-fé, para isso, até aqui, foi esboçada a teoria honnethiana e os seus fundamentos. A partir de agora, apresentar-se-á uma ressignificação do conceito de boa-fé partindo do que foi exposto para chegar ao destino: a hipótese da dissertação.

No item *iii.2* foi apresentado a diferenciação entre boa-fé subjetiva – fato psíquico, de difícil aferição, relacionado à crença (ou ignorância escusável) de que não se está agindo em desconformidade com o direito - e boa-fé objetiva – exige que determinadas condutas sejam praticadas mediante um determinado padrão. Mas o que permite ao jurista acreditar em parâmetros “objetivos” para a conduta correta?

Verifica-se que o conceito de boa-fé está inserido na liberdade jurídica, logo, pode ser a porta de entrada para as patologias sociais já explicitadas, uma vez que se exige dos participantes um elevado grau de abstração, razão pela qual vão se acumulando regularmente erros de interpretação. Além disso, a suposta objetividade da boa-fé objetiva possui três dimensões, na visão de Wálber Araujo Carneiro (2018, p. 2.970):

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 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 antiética à Filosofia contemporânea e aos estudos sociológicos que justificam, evolutivo-funcionalmente, as características do direito de nossa época.

A questão que fica é: que perspectiva de eticidade permite ultrapassar os vícios subjetivos da moralidade e avançar para uma obrigatoriedade deontológica anterior ao próprio direito? Além disso, qual é o tipo de racionalidade que abrirá o sistema jurídico?

Em determinado ponto fora ressaltado que Miguel Reale adotou a eticidade kantiana, contudo, ela se esgota na moralidade subjetiva, ou seja, ao direito formalmente justificado resta a imposição heterônoma. Por sua vez, em Hegel a moralidade objetiva é o “conceito de liberdade que se tornou mundo real e adquiriu a consciência de si” (HEGEL, 1997, p. 141). 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” (HEGEL, 1997, p. 141-142).

Em Hegel, é a firmeza do conteúdo objetivo da moralidade que mantém as leis e as instituições, sendo que a eticidade ascende no intuito de cumprir uma função de mediação social. Versa, nesse sentido, de aspectos objetivos da convivência, que ultrapassa a individualidade por si só e impõe ao indivíduo, como membro de determinada comunidade ética, responsabilidades perante aos demais membros quando de suas ações concretas, isto é, “tais valores são deveres obrigatórios para a sua vontade” (HEGEL, 1997, p. 143). Logo, “atinge a substância moral o seu direito, e este direito a sua validade” (HEGEL, 1997, p. 147), a substância moral objetiva legitima direitos e deveres, e representa o espírito real de uma comunidade ética, de um “povo”.

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 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 pública. 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”. (CARNEIRO, 2018, p. 2972).

Vale lembrar: Honneth, em *O Direito da Liberdade*, utiliza as mencionadas três esferas hegelianas ao trabalhar a realização da liberdade social, de forma atualizada, isto é, (i) a das *relações íntimas*; (ii) a do *mercado*; e (iii) a do *Estado democrático*. A questão que surge é, a partir do momento que alargamos o conceito de 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* do povo ou da comunidade?

Honneth entende que os direitos subjetivos constituem, em suma, uma esfera privada, na qual o indivíduo pode retirar-se, subtraindo-se às obrigações comunicativas ligadas à exigência de justificar escolhas de vida e valores individuais. Por tal motivo, o autor enxerga o risco da patologia social de que os indivíduos identifiquem sua liberdade unicamente na liberdade jurídica. Ou seja, os sujeitos se retiram da gaiola de seus direitos subjetivos e se posicionam somente como pessoas jurídicas, fechando o fluxo comunicativo e unindo-se às outras pessoas.

A liberdade moral consiste exatamente no questionamento de normas, exigências ou instituições socialmente válidas com base em razões universais, isto é, com base em argumentos que poderiam encontrar o consenso de todos os envolvidos. De outro modo, cada sujeito é livre para questionar as exigências morais que a sociedade lhe impõe, mas não sob o seu ponto de vista individual, mas sim um ponto de vista universal.

Todavia, por mais clara que seja a lei, a sua aplicação em situações individualizadas estará lançada a certa margem de discussão. Por exemplo, a abertura semântica de certa cláusula geral, como é o exemplo da boa-fé objetiva, revela a omissão do direito em face de determinadas condutas que precisariam ser explicitadas na lei e não delegadas a objetividades presente em estágios anteriores do “espírito objetivo”.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, presente no Código Civil, enquanto dever jurídico que ultrapassa a barreira da moralidade subjetiva, não só se legitima na moralidade objetiva, mas, concomitantemente, viabiliza a vinculação de determinados comportamentos que, embora não previstos de forma tipificada, podem ser vistos e exigidos no contexto social. No Brasil, que adotou uma perspectiva kantiana, Miguel Reale edifica a sua Teoria Tridimensional do Direito dentro de uma concepção dialética de complementariedade.

Ao se distanciar do individualismo positivista que reduzia a boa-fé à perspectiva subjetiva, Miguel Reale acolheu a versão objetiva, dentre outras razões, pelo seguinte fundamento: “a vida do Direito não se reduz a uma sucessão de fatos desvinculados dos valores que lhes dão significado, de cuja correlação dialética emerge a *regula iuris*” (REALE, 2003b). Por tal razão, propõe o caráter tridimensional do Direito, em decorrência da interação dialético-complementar de fatos, valores e normas, assim, é possível pensar a boa-fé que se apresenta 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” (REALE, 2003b).

Reale, em sua obra *O Direito como experiência*, alerta para a necessária dimensão dialético-argumentativa na concreção da experiência jurídica. 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 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. (REALE, 1999b, p. XXVI).

Pode-se afirmar que 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, liga-se diretamente à dimensão normativa (CARNEIRO, 2018, p. 2978). Assim, os caminhos percorridos pela Filosofia do Direito indicam que a “objetividade ética” externa ao direito se dissolve na pluralidade e exige uma resignificação. O caminho para cumprir essa exigência da resignificação filosófica da dimensão ético-substancial da boa-fé objetiva somente poderá ser encontrado na intersubjetividade. Essa missão exige um exercício reflexivo que

ultrapassa os limites de uma Filosofia – embora ela seja imprescindível - e encontrará eco no seio de teorias sobre a sociedade moderna, em especial, o recorte do presente trabalho: a reconstrução normativa honnethiana.

Honneth procura, em sua teoria do reconhecimento, defender: (i) a necessidade de contrapor ao “construtivismo kantiano” uma “reconstrução normativa” de tipo hegeliano; (ii) vincular a preocupação de garantia de liberdades iguais típica do liberalismo-igualitário à dimensão ética; e (iii) fazer uma apropriação das questões normativas de justiça no quadro referencial da teoria crítica com o intuito de apontar os obstáculos e os potenciais existentes em sociedades modernas para a realização plena da liberdade.

Honneth entende ser capaz de superar uma série de dificuldades de certas concepções liberais ao realizar um diagnóstico crítico das patologias sociais e explicitar quais são os pressupostos éticos que permitem fundamentar de forma adequada o ponto de referência normativo que se encontra na gênese das investigações sobre a justiça:

Uma teoria da justiça teria de estar orientada para a proteção dos contextos de reconhecimento recíproco ameaçados, assegurando assim a realização da liberdade em toda sua extensão. Entendendo sua teoria como um “liberalismo hegeliano”, Honneth pode desenvolver o núcleo de uma teoria da justiça que visa especificar as condições intersubjetivas de autorrealização individual, a qual está vinculada não a modelos abstratos, mas a uma reconstrução das práticas e condições de reconhecimento estruturadas eticamente. A teoria do reconhecimento pode reunir assim os interesses de uma teoria moral kantiana com uma ética comunitarista ao fazer com que a vontade livre dos sujeitos seja constituída em diferentes esferas subjetivas de autorrealização; além disso, exige de uma teoria crítica da justiça preocupada com as condições sociais para a realização da autonomia ser capaz de identificar socialmente as várias vulnerabilidades a que estão sujeitos aos indivíduos. (WERLE, MELO, 2011, p. 320).

Honneth define eticidade como o “todo das condições intersubjetivas das quais se pode demonstrar que servem à autorrealização individual na qualidade de pressupostos normativos” (HONNETH, 2003, p. 271-272). O referido conceito pretende ser uma ampliação da moralidade no sentido de integrar em um mesmo esquema tanto a universalidade do reconhecimento jurídico moral da autonomia individual quanto a particularidade do reconhecimento ético da autorrealização pessoal.

Ressalta-se que a doutrina da eticidade hegeliana permite vincular a teoria da justiça com uma análise da sociedade, ou seja, não se trata de “deduzir abstratamente princípios normativos de justiça que regulariam as relações sociais, mas sim lançar mão de uma ‘reconstrução normativa’ em que as práticas morais plenas de conteúdo compõem a estrutura efetiva de sociedades modernas” (WERLE; MELO, 2013, p. 322).

A esfera da eticidade deve, necessariamente, abarcar uma série de ações intersubjetivas nas quais os indivíduos podem encontrar tanto a realização individual quanto também o reconhecimento recíproco, e a conexão entre esses dois elementos tem de ser representada de tal forma que possamos entendê-los como “formas de interação social nas quais um sujeito somente pode alcançar a autorrealização se ele expressar, de um modo determinado, reconhecimento em face do outro” (HONNETH, 2007, p. 110). Denilson Werle e Rúrion Melo explicitam as condições mínimas, na visão de Honneth, que a esfera da eticidade tem de satisfazer:

Primeiramente, deve colocar à disposição todas as possibilidades de acesso à autorrealização. Em segundo lugar, a esfera da eticidade precisa ser caracterizada por meio de práticas de interação intersubjetiva, pois as possibilidades de realização individual devem ser medidas pelas formas de socialização. A terceira condição consiste na ordenação gradual que compõe tal esfera segundo formas determinadas de reconhecimento recíproco, que no caso se passam no âmbito da família, da sociedade civil e do Estado. Por fim, os padrões de ação em cada esfera de reconhecimento devem ser capazes de se autoproduzirem, ou seja, contêm em si processos de formação e aprendizado capazes de gerar motivações e disposições para que a autorrealização individual se efetive nas práticas intersubjetivas correspondentes. (WERLE; MELO, 2013, p. 323).

A questão que fica é: a boa-fé objetiva consegue abarcar as condições mínimas que a esfera da eticidade precisa satisfazer? Segundo o relatório *Justiça em números*, do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2021, 16.922.580 novos processos foram distribuídos na Justiça Eleitoral, sendo que 14.876.252 referem-se a demandas não criminais (CNJ, 2021). O Judiciário, até a publicação do mencionado estudo, tinha 75,4 milhões de processos pendentes. Além disso, é plenamente reconhecida a total impossibilidade de existir o reconhecimento na relação jurídica existente em contratos de adesão, entre outros casos. Soma-se a constatação das distorções socioestruturais que surgiram com a libertação dos interesses do lucro do capital privado e as tendências ao empobrecimento social ou à espoliação. E, finalmente, aos

questionamentos acerca da legitimidade e dos limites do ordenamento social capitalista.

A leitura intersubjetiva da boa-fé poderá ser responsável por (in)validar determinados atos e legitimar intervenções judiciais na formação participativa de determinados negócios jurídicos, bem como exigir determinados critérios de universalização e generalização em procedimentos jurídicos voltados para a individualização do direito, com base no reconhecimento dos participantes da relação jurídica.

A estrutura da vida ética deve orientar uma teoria crítica da justiça com base no conceito formal de eticidade democrática. Esse conceito formal de eticidade assegura uma ampliação da moralidade no sentido de incluir “todos os aspectos que constituem o objetivo de um reconhecimento não distorcido e deslimitado” (HONNETH 2003, p. 269), o que significa, necessariamente, integra num mesmo quadro tanto a universalidade do reconhecimento jurídico moral da autonomia individual quanto a particularidade do reconhecimento ético da autorrealização pessoal.

Nas sociedades modernas, os sujeitos têm de encontrar reconhecimento como seres tanto autônomos quanto individualizados. A concepção formal de eticidade reúne todos os pressupostos intersubjetivos que precisam estar preenchidos para que os sujeitos se possam saber protegidos nas condições de autorrealização. Assim, uma sociedade justa deve se preocupar com a autonomia e tem o dever de proteger a infraestrutura do reconhecimento recíproco, as relações de reconhecimento mais ou menos institucionalizadas que proporcionam o autorrespeito, a confiança e a autoestima. Justamente por demandar esse tipo de valorização ética da autorrelação prática do indivíduo. A eticidade é o *lócus* da vida humana e a base de uma teoria da justiça.

Servir-se da liberdade jurídica e praticá-la significa tomar parte de uma esfera de ação socialmente institucionalizada, regulada por normas de reconhecimento recíproco. Esses sistemas de ação devem satisfazer, necessariamente, três condições para que possam ser reconhecidos como esferas de uma liberdade que, em última análise, se compreende apenas de maneira intersubjetiva (HONNETH, 2015, p. 147):

Em primeiro lugar, em um nível fundamental, deve-se tratar de sistemas institucionalizados, diferenciados de práticas nas quais os sujeitos cooperam uns com

os outros e nisso se reconhecem reciprocamente com referência a uma norma compartilhada em comum (HONNETH, 2015, p. 147).

Em segundo lugar, essa relação paralela de reconhecimento tem de consistir em uma recíproca atribuição de estatuto, que na mesma medida habilite os implicados a prever um comportamento determinado de todos os outros e, assim, esperar por uma consideração normativa (HONNETH, 2015, p. 147-148).

Em terceiro lugar, sistemas de ação desse tipo devem acarretar a constituição de uma autorrelação específica, que desemboca na formação das competências e atitudes necessárias para a participação nas práticas constitutivas (HONNETH, 2015, p. 148).

Se os indivíduos se apresentam como criaturas socialmente situadas no espaço-tempo, encontram-se vulneráveis ao modo como são percebidos e caracterizados pelos outros. O que uma teoria crítica da justiça deve assegurar é que a cada um receba o devido reconhecimento de sua identidade pessoal: essa é uma necessidade humana vital e uma precondição para agir efetivamente de forma autônoma.

Na sua construção, tal como fez Honneth, os indivíduos podem exigir que determinadas condições procedimentais de reconhecimento fossem cumpridas como critério pré-existente em um Estado de direito. As reivindicações por justiça devem, em sociedades democráticas, passar pelo teste crítico-reflexivo da justiça publicação. Nela as reivindicações por reconhecimento são avaliadas e têm de passar por um teste de universalidade e reciprocidade. Faz-se necessário, portanto, analisar as expectativas subjetivas de reconhecimento e os discursos de justificação praticados socialmente. Tais expectativas se apresentariam com certo sentido social, pois a sua fundamentação estaria sempre influenciada por princípios de reconhecimento ancorados institucionalmente, conforme o resultado de um processo histórico (HONNETH, 2003, p. 171).

Uma reconstrução normativa no seio da boa-fé objetiva permitiu conduzir uma reatualização progressiva desse princípio que subjaze a ideia de eticidade e garante a sua legitimação, pois somente um conceito intersubjetivista da boa-fé que será possível estipular, como condições de contorno uma teoria da justiça, uma concepção ético-institucional e intersubjetivamente mediada do bem viver, com o fomento à estrutura de interações unicamente capazes de efetivar a liberdade do indivíduo.

Na perspectiva intersubjetiva que está sendo proposta, não será a boa-fé que ajuda o direito, mas o direito que viabiliza a boa-fé. Contudo, é necessário o abandono do olhar semântico lançado às cláusulas gerais existentes no Código Civil. A presença da boa-fé intersubjetiva no sistema jurídico constituirá um apelo à complementariedade funcional que uma ideia de eticidade alargada pode proporcionar, sem que essa complementariedade seja confundida com uma comunicabilidade corretiva do *ethos* em relação ao direito.

Caso a teoria honnethiana seja adotada, não somente será eliminado um excessivo individualismo funcional, mas também neutralizará o expediente abstracionista proveniente da tradição kantiana e que se consoma na pretensão de uma dedução do quadro institucional prioritariamente a partir de princípios, como é o caso da boa-fé objetiva.

A legitimação do direito necessita estar atenta a uma rede de argumentações, conflitos, negociações e comunicações políticas, assim, a moral não poderia corrigir o direito e os princípios jurídicos também não poderiam ser considerados mandados de otimização, mas imposições jurídicas que exigem cumprimento na medida do sistema legitimado democraticamente com base no reconhecimento.

A boa-fé é uma expressão popular, contudo, nunca foi constituída como princípio da justiça decidido pelos membros da sociedade. Desta forma, o reconhecimento é o ponto de partida para fornecer uma descoberta de uma alternativa na qual os pontos de vista são integrados. Faz-se necessária a apropriação do conceito normativo de eticidade que contém, em seu vínculo indissociável às práticas do mundo social moderno, as possibilidades de individualização bem-sucedida, propiciada pelos nexos socializadores – e, portanto, alinhavadas em práticas intersubjetivas -, os quais detêm, por sua vez, para desempenhar esta função, de se retroalimentarem, ou seja, de desenvolverem processos de formação que correspondam à progressiva aquisição, por parte dos indivíduos, das capacidades e elementos motivacionais necessários à participação nas estruturas desta individualização através da socialização.

O modelo teórico honnethiano leva em consideração os limites e possibilidades da liberdade jurídica. No dia a dia do agir comunicativo não podem os indivíduos renunciar pedidos ou intimações com fundamento na liberdade individual. Se no contexto social os sujeitos são costumados a agir com base em motivos que são compartilhados pré-reflexivamente com os parceiros de interação, quando ocorre um

dissenso, fica evidente a obrigação de fundamentar as divergências. Assim, o emprego de direitos subjetivos tem o sentido de sinalizar a intenção de uma interrupção da comunicação. Ou seja, os indivíduos deixam de criar uma relação de cooperação e comunicação e invocam o direito subjetivo (HONNETH, 2015, p. 154).

Assim, o princípio da boa-fé objetiva, muito embora implique em deliberação ética, não pode proporcionar as atitudes subjetivas ou os modos de comportamento requeridos. Ao contrário disso, ele estabelece uma moratória, na qual decisões podem ser tomadas somente no âmbito privado. Esse caráter meramente negativo expressa de modo mais geral o fato de o valor dos direitos correspondentes resultar de precondições intersubjetivas, e estas, de modo algum, podem ser produzidas por força de atitudes e posturas promovidas por eles.

No âmbito do direito negocial, os atores só podem desfrutar da liberdade contratual que lhes é concedida se ao mesmo tempo souberem se vincular a acordos, convenções e normas de caráter limitante. Pode se dizer, assim, que o direito deve produzir uma forma de liberdade individual cujas condições de existência não podem ser produzidas, nem perpetuadas: ele depende de uma relação meramente negativa, interrompida, com um contexto de prática ético que se alimenta, por sua vez, das intenções sociais de sujeitos não juridicamente cooperantes (HONNETH, 2015, p. 156-157).

É indissociável o vínculo, presente nas instituições e práticas da eticidade, entre reconhecimento recíproco e a socialização como processo de formação da capacidade prático-cognitivas adequadas a uma completa realização da liberdade. E, somente com a reconstrução normativa do conceito de boa-fé, que permitirá o acesso à gramática moral dos membros da sociedade à qual pode se vincular, por sua vez, ao mencionado percurso metodológico que se posiciona com o objetivo de liberar em toda a sua extensão as esferas de ação garantidas da liberdade, pois:

O nexos existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau da autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito. (HONNETH, 2003, p. 272).

Com isso, a reconstrução normativa da boa-fé deixa-se conduzir das premissas antes esboçadas, em que a liberdade individual só alcança efetividade vivida e socialmente experimentável em complexos institucionais com comprometimentos de papéis complementares, ao passo que, nas esferas oficiais do direito e da moral que lhe são previstas, ela possui apenas a caráter do mero distanciamento ou do exame reflexivo.

Para ser possível perfazer a efetividade da liberdade nas relações sociais do tempo presente, é necessária uma reconstrução da boa-fé objetiva na qual o comprometimento de papéis mutuamente complementares cuidam para que os indivíduos possam reconhecer nas livres atividades de seus parceiros de cooperação a condição para a efetivação de seus próprios fins.

O que se busca é uma boa-fé intersubjetiva, voltada para a garantia de participação livre e isonômica nos procedimentos que validam os negócios jurídicos, tendo como fundamento o reconhecimento. Somente assim será possível conceber uma relação orgânica de pura eticidade.

Deve-se investir na perspectiva do outro para o êxito de uma ação que deriva a formação a consciência de si individual e se vincula à capacidade de suscitar em si o significado que a própria ação individual tem para o outro.

Partir de uma liberdade apenas negativa não permite que os cidadãos do Estado sejam apreendidos como autores e renovadores de seus próprios princípios jurídicos; para isso é necessário que, na aspiração à liberdade pelo indivíduo, em termos conceituais, justificar um ponto de vista adicional e de grau mais eleve que lhe atribuisse um interesse de cooperação com os demais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil de 1916, inspirado no liberalismo econômico que marcava aquele período histórico, exaltava a proteção patrimonial. A propriedade privada e a liberdade contratual eram tuteladas de forma absoluta, sem nenhuma possibilidade de relativização. Em razão da manifesta colisão, em determinados pontos, com a Constituição Federal de 1988, foi necessária a promulgação de um novo Código Civil, no ano de 2002, que precisava observar os novos referenciais estabelecidos no texto constitucional.

Com o objetivo de tutelar a pessoa humana, colocando-a como núcleo fundador das relações jurídicas, o Código Civil de 2002 estabeleceu três paradigmas a serem perseguidos: a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

Anteriormente, motivado pelo positivismo jurídico e pelo liberalismo econômico, houve a compreensão que a satisfação de um interesse próprio resultaria na busca pelo bem individual, pois a soma de todos os bens individuais redundaria no bem comum da sociedade. Não se cogitava a solidariedade, posto que, com a vontade livre de cada indivíduo, seria possível alcançar a felicidade plena e coletiva. As constituições burguesas do século XIX e início do século XX garantiram um sistema jurídico exclusivista, no qual apenas alguns atores poderiam ser vistos como portadores de interesses patrimoniais, ou seja, de direitos subjetivos.

O Direito Civil preservava severamente e a todo custo o proprietário, o testador, o contratante e o marido, por exemplo. Contudo, com o fim da Segunda Guerra Mundial, os sistemas jurídicos passaram a adotar uma postura de possível relativização de direitos considerados, até então, absolutos. O fundamento para tal conclusão se pauta na observação de que todo direito subjetivo, necessariamente, deve corresponder a uma função social. De melhor forma, o direito subjetivo é a concessão para o indivíduo satisfazer um interesse próprio, desde que essa satisfação individual não lese as expectativas coletivas que são legitimadas no seio da sociedade. Tais limites permitem uma harmonia entre a autonomia privada e o princípio da solidariedade social; apesar disso, alerta-se que não deve existir a prevalência de um sobre o outro.

A socialidade somente será compreendida se a definição de bem comum for bem delimitada. Sabe-se que a sociedade é o meio de desenvolvimento para as relações humanas, sendo que a pessoa antecede ao Estado; logo, qualquer sistema

jurídico civilizado será construído para atender às suas finalidades. Para Axel Honneth, inspirado em Hegel, o conceito intersubjetivista de liberdade individual estipula, como condição de contorno de uma teoria da justiça, uma concepção ético-institucional e intersubjetivamente mediada do bem viver, o fomento à tessitura de interações unicamente capazes de efetivar a liberdade do indivíduo, fato que eliminaria o excessivo individualismo fundacional e também neutralizaria um expediente abstracionista proveniente da tradição kantiana, que se consuma na pretensão de uma dedução do quadro institucional a partir de princípios.

O Código Civil de 1916 adotou uma postura próxima do formalismo jurídico da Europa do século XIX. Assim, o Direito foi limitado à sua forma sem perquirir o seu conteúdo, isto é, não se questionava o fundamento axiológico por trás da norma, ao ponto de Charles Demolombe afirmar que não conhecia o Direito Civil, mas que ensinava o Código de Napoleão. O sistema jurídico era fechado, não se admitia o ingresso do metajurídico, através de valores sociológicos e filosóficos, capazes de orientar o ordenamento.

Com o passar do século, as Constituições e os Códigos começaram a delimitar que existem valores inerentes aos indivíduos como expressão da consciência universal de toda a humanidade. Contudo, uma ressalva há de ser feita: o modelo do Direito natural não consegue inter-relacionar a formação do indivíduo com a força da sociedade como um todo, isto é, toda a evolução moral da sociedade remete a uma lógica de desdobramento de uma substância ética garantidora de um processo de universalização que, concomitantemente, prescinde de uma tematização da relação entre indivíduos e sociedade. Segundo o ponto de vista do marco referencial adotado no presente trabalho, o motor do desenvolvimento moral da sociedade se dá através da intersubjetividade. Portanto, os valores inerentes aos indivíduos se dão a partir do reconhecimento.

A matriz da eticidade penetra no Código Civil brasileiro por meio da técnica das cláusulas gerais, isto é, transforma-se o ordenamento jurídico privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que fornece o substrato. A referida técnica permite a entrada em setores fundamentais do sistema, garante mobilidade ao ordenamento e serve de referência à aplicação das demais normas.

Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora do Código Civil de 2002, entendia que as cláusulas gerais permitem a adoção dos critérios éticos que autorizam chegar à concreção jurídica. Na estrutura do Código Civil em vigor, a matriz da

eticidade pode ser encontrada em diversas normas, sempre guiada pela ideia de construção de uma solução concreta e, essencialmente, através de cláusulas gerais, como, por exemplo, a boa-fé objetiva.

A boa-fé, em termos gerais, está associada a algo positivo e bom, enquanto isso não acontece em relação ao seu antônimo: má-fé. Incontáveis problemas foram resolvidos por meio desse instituto jurídico, que se relaciona com a indispensabilidade de confiança no relacionamento interpessoal – leia-se, relacionamento intersubjetivo – e na adequada formação e cumprimento dos negócios jurídicos. A semântica vaga do termo impôs, inclusive, a resolução de determinados conflitos que não eram ligados essencialmente à confiança, como por exemplo, os deveres de proteção na falta de regras eficazes sobre responsabilidade civil extracontratual.

No Brasil, como em diversos outros ordenamentos jurídicos, o princípio da boa-fé tornou-se uma cláusula geral. Atualmente, a boa-fé tem inúmeras funções, algumas típicas e outras atípicas, sendo que estas últimas são frutos da insuficiência de outros institutos jurídicos para a resolução de conflitos.

Inúmeras são as tentativas de diferenciação entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva; sendo que esta última pode ser vista como consequência de ter agido em respeito à boa-fé objetiva, levando em consideração que não se admite a alegação de ignorância sem que tenha ocorrido a busca pelo dever de informação. De melhor maneira, questões inerentes à boa-fé subjetiva têm como pano de fundo a própria boa-fé objetiva, com fundamento no dever de cooperação e informação. Logo, a boa-fé pode ser vista como uma só, posto que os deveres imanentes dela são apenas manifestações da mesma ação: quem coopera não mente; quem informa, tem conduta compatível e demonstra consideração e cooperação.

Contudo, um grande problema surge: será que é possível falar em pleno reconhecimento e cooperação numa sociedade voltada ao consumo, caracterizada pela *estandarização* dos contratos?

Apesar de inúmeras pessoas buscarem se guiar de forma correta, estas sofrem os efeitos daqueles que mostram desprezo por esse valor. Diante disso, duas patologias sociais decorrentes da própria liberdade jurídica aparecem: (i) o risco de que o sujeito identifique em seu direito subjetivo o único elemento constitutivo do plano de vida de seu titular, ou seja, a liberdade se encontra unicamente na liberdade jurídica, que passa a demandar a resolução de todos os seus conflitos unicamente

nos tribunais, fechando o fluxo comunicativo que o une às outras pessoas; e (ii) a própria ausência de reconhecimento do outro sujeito da relação jurídica.

Os direitos subjetivos, pensados como garantias de proteção, aparecem no lugar de toda orientação à ação mediada intersubjetivamente. Assim, os indivíduos encontram-se intensamente vinculados à busca de ponderações e fins puramente privados que, ao final, se comportam apenas como entidades jurídicas estrategicamente posicionadas, perdendo a conexão com as práticas comunicativas de seu ambiente social.

O objetivo do trabalho foi propor uma releitura do princípio da boa-fé em uma base intersubjetiva. Para isso, foi necessário afastar o “construtivismo kantiano” – ou ao menos tentar –, através de uma “reconstrução normativa” de tipo hegeliano, proposta por Axel Honneth. Isto é, buscou-se vincular a preocupação de garantia de liberdades típica do liberalismo-igualitário à dimensão ética, ainda que complexa, de autorrealização individual e trabalhar uma apropriação das questões normativas de justiça no quadro referencial da teoria crítica com o propósito de identificar os obstáculos e os potenciais existentes na sociedade para a realização da plena liberdade.

Para isso, o princípio da boa-fé deve ser orientado para a proteção de contextos de reconhecimento recíprocos ameaçados, assegurando a realização da liberdade em toda a sua extensão. Desta forma, é desprezível a ideia do fechamento dos fluxos comunicativos que a liberdade jurídica, por si só, reproduz. Faz-se necessário repensar a boa-fé, desenvolvendo-a a partir do núcleo de uma teoria de justiça que visa a especificar as condições intersubjetivas da autorrealização individual, a qual está vinculada a uma reconstrução das práticas e condições de reconhecimento estruturadas eticamente.

Torna-se fundamental uma teoria crítica da justiça que seja preocupada com as condições sociais para a realização da autonomia ser competente de identificar socialmente as várias vulnerabilidades a que os indivíduos estão sujeitos. Quem são os reais portadores dos direitos subjetivos? É possível falar em boa-fé para indivíduos que sequer possuem condições de acessar o mercado de trabalho e o mercado de consumo, por exemplo? Será que, de fato, houve a concretização das matrizes norteadoras do Código Civil, que foram extraídas da Constituição?

Somente com base na reconstrução normativa da boa-fé existirá o tratamento das possibilidades transobjetivas da comunicação dos sistemas sociais, na forma de

comunicação fundada no reconhecimento. Os negócios jurídicos não podem, de modo puro e simples, serem atribuídos às iniciativas de um poder legislativo democrático, mas se devem sobretudo às lutas pela realização social da promessa de liberdade, obstinadamente inerente às esferas de ação. Quando da celebração de um contrato, por exemplo, as oportunidades de inclusão de cada sujeito crescem na medida em que, nas esferas das relações pessoais e do mercado econômico, são liberados e realizados princípios institucionalizados da liberdade social.

Faz-se, portanto, necessária a implementação de uma “eticidade democrática” que considera o fato de que só haverá democracia onde efetivamente se pratiquem os princípios de liberdade institucionalizados nas diferentes esferas de ação e onde esses princípios estejam sedimentados em práticas e costumes. Entre as respectivas esferas, temos a exata relação de reciprocidade contributivo que em cada uma delas se produz entre as atividades especificadas pelo papel de cada um dos indivíduos, unidos em um “nós”.

O indivíduo sempre está inserido em um contexto social caracterizado pela existência de instituições e práticas sociais legítimas. A liberdade jurídica serve para distanciar-se ou fechar-se perante às exigências ligadas às relações sociais preexistentes, mas é incapaz de criar uma realidade intersubjetivamente compartilhada no interior do mundo social.

O sistema social da eticidade democrática concebe uma complexa rede de dependências recíprocas, na qual a realização da liberdade numa esfera de ação depende de que nas outras esferas também sejam realizados os princípios de liberdades fundamentais.

Os sujeitos só experimentam a liberdade individual no contexto de obrigações sociais que surgem do fato de desempenhar certos papéis sociais, seja em um negócio jurídico ou no contexto familiar, por exemplo. Esta liberdade é social, afinal, longe de isolar o indivíduo da sociedade na qual se encontra, ela somente é vivida e exercida dentro de tal contexto, isto é, na interação com outros indivíduos. Portanto, a boa-fé não deve ser nem objetiva nem subjetiva; mas sim intersubjetiva.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. São Paulo: Zahar, 1985.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.
- ARISTOTÉLES. **A Política**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Coimbra: Almedina, 1995.
- AZEVEDO, Antônio de Junqueira de. Da boa-fé na formação dos contratos. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 3, p. 78-87, set/dez., 1992.
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Aspectos jurídicos na filosofia transcendental de Kant. *In*: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 120-129.
- BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura. **Um balanço das tentativas de reforma do Código Civil na Era Vargas**. Tese de Doutorado: Código Civil: professores entre as faculdades de direito e o governo federal. 2011, UFRGS.
- BEVILÁQUA, Clovis. **Linhas e perfis jurídicos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010
- BRASIL. Decreto nº. 51.005, de 20 de julho de 1961. **Dispõe sobre a Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores**. Brasília, 1961.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos precedido dos atos oficiais relativos ao assunto e seguido de um aditamento contendo os apontamentos do Código Civil organizados pelo Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo**. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1882.
- CARBONNIER, Jean. **Derecho Civil**. vol. I. Barcelona: Bosch, 1960.

- CARNEIRO, Wálber Araujo. Boa fé (inter)transobjetiva: das impossibilidades do espírito objetivo à ressignificação heterorreflexiva. *In: Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa (Portugal), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano: 04 (2018), nº. 06, p. 2966-3006.
- CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Joaquim Felício dos Santos e a codificação do direito civil brasileiro. *In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 63-96, jan./mar. 2019
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CUNHA; Edilson Alvim; ALVES; Antônio Augusto Catão [et. al.]. Tradução e Coordenação do **Corpus Iuris Civile: Digesto: Livro I**. Brasília: TRF1, ESMAF, 2010. Disponível em:
<https://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/52682/1/Corpus%20iuris%20civilis%20%28digesto%29.pdf>.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. Tradução: Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números – Ano de 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.
- CORDEIRO, António Manuel Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**, vol. I. Coimbra: Almedina, 1984.
- CORDEIRO, António Manuel Menezes. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.
- CORDEIRO, António Manuel Menezes. **Manual da modernização do Direito Civil**. vol. I. Aspectos Gerais. Coimbra: Almedina, 2004.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Negócio jurídico administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, 164, 29–49. <https://doi.org/10.12660/rda.v164.1986.44880>. 1986.
- DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014a.
- DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. *In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (org.). Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo (READE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, maio/junho/julho, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. vol. 1: teoria geral do direito civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DURÃO, Aylton Barbieri; DURÃO, Adja Balbino de Amorin Barbieri. Habermas sobre a comunicação sistematicamente distorcida. *In: Revista de Filosofia Aurora*, Curitiba, v. 24, n. 34, 2012, p. 23-48.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. *In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Antonio Bento de. **Código Comercial brasileiro**. vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1920.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1989.

FIÚZA, Ricardo. **Relatório Geral da Comissão especial do Código Civil. Parecer final às Emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara nº. 118, de 1984, que institui o Código Civil**. Brasília, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 44, 2006, p. 61-76

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. São Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. v. I. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D51005.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES, Augusto de Sene. **Do materialismo interdisciplinar à crítica à razão instrumental**: um estudo sobre o desenvolvimento da filosofia de Max Horkheimer. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Uberlândia. 2016.

GONZALES, Everaldo Tadeu Quilici Gonzales. A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale e o novo Código Civil brasileiro. *In: Unimesp*, 2000. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/4mostra/pdfs/145.pdf>. Acesso: 12 dez. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**: interpretação e crítica. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *In: Estudos Avançados*, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 4-19, 1989. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528>. Acesso em: 24 set. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2014a.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014b.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução de Rúrión Melo e Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **O sistema da vida ética**. Lisboa: Edições 70, 2018.

HONNETH, Axel. Honneth esquadrinha “déficit sociológico”. Entrevista concedida a Marcos Nobre e Luiz Repa. *In: Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 out. 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1110200318.htm>. Acesso: 13 nov. 2021.

HONNETH, Axel. **The critique of power**: reflective stages in a Critical Social Theory. Tradução de Kenneth Baynes. Cambridge (Massachusetts): MIT Press, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação**: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel. Tradução de Rúrion Melo, São Paulo: Singular, 2007.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. *In*: **Textos escolhidos**. Tradução de José Lino Grünnewald. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

HORKHEIMER, Max. A presente situação da filosofia social e as tarefas de um Instituto de Pesquisas Sociais. *In*: **Praga**: estudos marxistas, São Paulo, n. 7, p. 121-132, 1999.

INNERARITY, Daniel. **A filosofia como uma das belas artes**. Tradução de Cristina Rodriguez Artur Guerra. Lisboa: Teorema, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, Immanuel. **Kritik der sitten**. Frankfurt: Suhrkamp, 1985.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil**. Parte general. Tradução: Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado e Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano – História – Sujeito e Objeto do Direito – Instituições Jurídicas**. vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Kriger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. Reflexões sobre a moralidade e a eticidade em Kant e Hegel. *In*: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abr. 2012, p. 113-125.

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

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *In*: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELO, Rúrion; WERLE, Denilson Luis. Introdução. *In*: HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação**. Uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. São Paulo: Singular, 2007.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. v. 1. Livro IV, Parte I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. v. 2. São Paulo: Martins, 1973.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Mesias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

NOBRE, Marcos. Introdução. *In*: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Zahar, 2004.

NOBRE, Marcos. Indeterminação e Estabilidade. *In*: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 82, 2008, p. 97-106.

NOBRE, Marcos. Reconstrução em dois níveis: um aspecto do modelo crítico de Axel Honneth. *In*: MELO, Rúrion (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth**: reconhecimento, liberdade e justiça. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

O projeto de Código Civil e a OAB: parecer aprovado pelo plenário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na sessão de 14/02/1984. Comissão Especial. Conselho Federal. Professor Arnaldo Wald e José Lamartine Corrêa de Oliveira. Rio de Janeiro: 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Algumas lembranças**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINKER, Steven. **Como a mente funciona**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2008.

PINZANI, Alessandro. Os paradoxos da liberdade. *In*: MELO, Rúrion (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth**: reconhecimento, liberdade e justiça. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLATÃO. **A República**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calousete Gulbenkian, 1996.

PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. A vida numa casca de noz? – A insuficiência do direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para a aplicação do direito e a realização da autonomia privada. *In*: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coords.). **Negócios Jurídicos e liberdades individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 21-74.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dário. **História da Filosofia**. Filosofia pagã antiga, v. 1. São Paulo: Paulus, 2003.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Memórias**: destinos cruzados. vol. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Ata da 4ª reunião para exposição do professor Miguel Reale na Comissão Especial “destinada a examinar o projeto de lei da Câmara 118, de 1984, que institui o Código Civil**. Brasília: Diário Oficial da União, 7 de junho de 1995, p. 9.830-9.836.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *In*: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2718>. Acesso em: 24 set. 2021.

REALE, Miguel. **Quanto custou o novo Código Civil?** 2003a. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/qtocccv.htm>. Acesso em: 25 mai. 2021.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. 2003b. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. História do Novo Código Civil. Biblioteca de Direito Civil. *In*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.)

Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

RODRIGUES, Antonio Coelho. **Projeto do Código Civil precedido da história documentada do mesmo e dos anteriores.** Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, 1897. p. 227.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas:** democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil:** parte geral. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile.** 9. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1971.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema de derecho romano actual.** v. I. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1878.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso:** da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O direito quântico.** 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1981.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002.** A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.** Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no Direito Civil.** São Paulo: Almedina, 2020.

VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito do direito.** Receita: Imprensa Oficial, 1947.

VOUIN, Robert. **La bonne foi: notion et rôle actuels en droit privé français.** Paris: LGDJ, 1939.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo.** Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política**: Hegel e o Formalismo Kantiano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

WERLE, Denilson; MELO, Rúrion. Um déficit política do liberalismo hegeliano?. *In*: MELO, Rúrion (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth**: reconhecimento, liberdade e justiça. São Paulo: Saraiva, 2013.