

RAWLS, CONTRATOS E ESTADO DE DIREITO

RAWLS, CONTRACTS AND RULE OF LAW

Dr. Leandro Martins Zanitelli

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

RESUMO

Argumenta-se o problema da “colonização” do direito contratual pelo princípio da diferença, aludido por Scheffler, em um trabalho recente, no qual a subordinação do direito privado, aos princípios da justiça de Rawls, é defendida (SCHEFFLER, 2015), e consideravelmente atenuado pelas prescrições do primeiro princípio da justiça (o princípio das liberdades básicas) acerca do Estado de Direito.

Palavras-chave: Contratos. Princípio da Diferença. Estado de Direito. Rawls. Liberdades Básicas

ABSTRACT

It is argued that the problem of “colonization” of contract law by the difference principle, mentioned by Scheffler in a recent paper in which the subordination of the private law to Rawls’ principles of justice is defended (Scheffler, 2015), is considerably diminished by the prescriptions of the first principle of justice (The Greatest Equal Liberty Principle) concerning the Rule of Law.

Keywords: Contracts. The Difference Principle. Rule of Law. Rawls. Equal Liberty.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste artigo é a aplicação da concepção de justiça de Rawls (1971/1999; 2001), a “justiça como equidade”, ao direito contratual. Embora essa aplicação seja defendida (Kordana & Tabachnick, 2005; Scheffler, 2015), teme-se que ela tenha consequências impalatáveis (Scheffler, 2015). Entre os princípios da justiça rawlsiana está o princípio da diferença (RAWLS, 1971/1999, p. 67-69), que requer a máxima vantagem para os cidadãos em pior situação. Aplicado ao direito contratual, esse princípio poderia levar à subversão de certos valores dos contratos, como os da liberdade e proteção da confiança.

Na teoria da justiça de Rawls, o princípio da diferença só é aplicado caso não afronte a outros princípios, o das liberdades básicas (primeiro princípio) (RAWLS, 1971/1999, p. 38) e o da equitativa igualdade de oportunidades (primeira parte do segundo princípio) (RAWLS, 1971/1999, p. 77). Tem-se considerado que as implicações desses outros princípios e, em particular, do princípio das liberdades básicas, seriam meramente pontuais (KORDANA *et al.*, 2005, p. 608-614; SCHEFFLER, 2015, p. 12-13) e insuficientes, portanto para evitar a “colonização” do direito contratual pelo princípio da diferença.

O artigo afirma, em contraste, que há uma parte do princípio das liberdades, a proteção ao Estado de Direito (*rule of law*), cujas consequências para o direito contratual são negligenciadas pelos autores acima citados. Uma vez observados os limites impostos pelo Estado de Direito, a aplicação do princípio da diferença ao direito contratual se torna mais palatável e compatível com justificações não distributivas para a existência das obrigações contratuais, ainda que o fundamento das normas, segundo as quais os contratos se celebram e fazem valer, seja distributivo.

A fim de defender a tese recém enunciada, o artigo é dividido em mais cinco seções além desta introdução. A primeira seção apresenta a ideia de estrutura básica da sociedade como objeto primeiro da concepção rawlsiana de justiça e reproduz as razões já proclamadas por outros autores para considerar o direito privado em geral, aí incluído o direito contratual, como parte dessa estrutura. A segunda seção descreve o problema da colonização do direito contratual pelo princípio da diferença, um problema suscitado pela subordinação desse direito aos princípios da justiça como equidade. A terceira seção esmiúça o sentido do Estado de Direito como parte das liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio da justiça de Rawls. A quarta seção considera as implicações do Estado de Direito para o direito contratual e procura definir se, e em que medida, essas implicações previnem o problema da colonização. A quinta e última seção contém uma síntese das conclusões.

2 DIREITO CONTRATUAL E ESTRUTURA BÁSICA

Os princípios da justiça de Rawls se aplicam à estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1971/1999, p. 6). Uma primeira questão a considerar, portanto, é se o direito contratual pertence (no todo ou em parte) a essa estrutura.

Em uma conhecida passagem, Rawls parece responder negativamente (1993, p. 268-269):

The basic structure comprises first the institutions that define the social background and includes as well those operations that continually adjust and compensate for the inevitable tendencies away from background fairness, for example, such operations as income and inheritance taxation designed to even out the ownership of property. This structure also enforces through the legal system another set of rules that govern the transactions and agreements between individuals and associations (the law of contract, and so on). The rules relating to fraud and duress, and the like, belong to these rules, and satisfy the requirements of simplicity and practicality. They are framed to leave individuals and associations free to act effectively in pursuit of their ends and without excessive constraints.

To conclude: we start with the basic structure and try to see how this structure itself should make the adjustments necessary to preserve background justice. What we look for, in effect, is an institutional division of labor between the basic structure and the rules applying directly to individuals and associations and to be followed by them in particular transactions. If this division of labor can be established, individuals and associations are then left free to advance their ends more effectively within the framework of the basic structure, secure in the knowledge that elsewhere in the social system the necessary corrections to preserve background justice are being made.

Uma interpretação da passagem acima é que a “divisão do trabalho institucional” a que Rawls alude exclui o direito privado (as normas a serem seguidas pelos cidadãos em “transações particulares”) da estrutura básica. Como tal, o direito privado não estaria sujeito aos princípios da justiça, em especial ao princípio da diferença. A fim de manter a “justiça de fundo” (*background justice*), posta em risco pelo efeito acumulado de transações individuais, medidas como a tributação de renda e herança, essas, sim, parte da estrutura básica, assegurariam o atendimento ao referido princípio e à equitativa igualdade de oportunidades.

Há várias razões, no entanto, para rejeitar a interpretação recém sugerida e tratar o direito contratual como parte da estrutura básica. Em primeiro lugar, a acepção extensiva de estrutura básica (que trate o direito contratual como parte dela) condiz com o modo como Rawls define essa estrutura em outros lugares, por exemplo, como “*the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation*” (RAWLS, 1971/1999, p. 6).¹

Segundo, não parece haver uma razão de princípio para que o direito contratual e outras partes do direito privado fiquem de fora da estrutura básica. Se a razão para querer que certas instituições se sujeitem a princípios de justiça reside na sua importância para a divisão dos benefícios e ônus da cooperação social, então o direito contratual (e o direito privado em geral) é parte da estrutura básica tanto quanto as normas tributárias, pois a divisão dos benefícios e ônus da cooperação dependem tanto da tributação quanto de normas como as que tratam da aquisição e transferência de direitos de propriedade (KORDANA *et al.*, 2005, p. 607; SCHEFFLER, 2015, p. 7-8).² Observa-se, ademais, que o direito contratual é importante não apenas por definir os limites da liberdade de contratar. Mesmo nos casos em que a liberdade de contratar é reconhecida, normas contratuais “dispositivas” (ou “supletivas”), aplicáveis somente no silêncio das partes, acabam influenciando sobre o conteúdo do contrato devido as certas dificuldades enfrentadas pelas partes para derogá-las (Ben-Shahar & Pottow, 2006). Por fim, tampouco se pode justificar uma diferença de tratamento entre o direito público e o privado sob a alegação de que as normas do segundo se aplicam diretamente aos cidadãos em suas transações, pois isso também acontece, ocasionalmente, com as normas tributárias (por exemplo, a tributação sobre consumo) (MURPHY, 1998, p. 259-260).

Terceiro, como argumenta Scheffler (2015, p. 8-10), há uma outra interpretação possível para a passagem transcrita acima. Ao invés de excluir o direito contratual da estrutura básica, Rawls poderia estar se referindo à diferença, encontrada tanto no direito contratual quanto no tributário, entre a produção de normas jurídicas e os atos praticados pelos cidadãos em obediência a essas normas. A ideia seria, então, que, enquanto o processo legislativo deve se conformar aos princípios da justiça, dos cidadãos, em contrapartida, demandar-se-ia apenas o cumprimento das normas instituídas por meio desse processo.

3 O PROBLEMA DA COLONIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL PELO PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

Pode-se concluir, pois, que o direito contratual faz parte do que Rawls chama de estrutura básica da sociedade, seja porque Rawls queria tratá-lo como tal (malgrado, o que dá a entender na passagem copiada acima), seja porque a interpretação contrária é arbitrária. Passemos, então, para as implicações dessa conclusão.

Como parte da estrutura básica, o direito contratual se sujeita a avaliação por suas consequências distributivas. Scheffler (2015, p. 10) distingue, quanto a isso, duas teses. Uma, a do distributivismo forte, que afirma que o direito contratual tem de se conformar ao princípio da diferença, enquanto para a outra, do distributivismo fraco, bastaria para atender aos princípios da justiça de Rawls, que o direito contratual obedecesse a três condições: a) não violar as liberdades básicas; b) não violar a equitativa igualdade de oportunidades; e c) não piorar a posição dos cidadãos em pior situação.

¹V. Scheffler (2015, p. 6-7). Como pondera Murphy (1998, p. 261, n. 30), a hipótese de que Rawls tenha revisto sua concepção de estrutura básica ao longo do tempo é enfraquecida pelo fato de, em escritos posteriores à passagem transcrita acima, a estrutura básica ser definida em termos tão amplos quanto os de *A theory of justice* (por exemplo, em Rawls (1993, p. 35).

²V. também Cohen (1997), que distingue duas acepções de estrutura básica. De acordo com a primeira, fariam parte da estrutura básica apenas instituições formais ou coercivas, enquanto que, para a segunda, também estariam na referida estrutura práticas sociais (não obrigatórias) com impacto considerável sobre a vida dos cidadãos. Cohen afirma que a primeira acepção é inconsistente (COHEN, 1997, p. 17-24), mas o importante é notar que, segundo qualquer uma dessas interpretações, o direito contratual pertenceria à estrutura básica.

Como diz Scheffler (2015, p. 10), o distributivismo forte é incongruente com o rawlsianismo, porque ignora a relação de prioridade léxica entre o primeiro e o segundo princípio de justiça (RAWLS, 1971/1999, p. 38) e entre as partes do segundo princípio (RAWLS, 1971/1999, p. 77). De acordo com essa relação de prioridade, é vedado violar o primeiro princípio (o princípio das liberdades básicas) a fim de atender ao segundo, bem como violar a primeira parte do segundo princípio (a equitativa igualdade de oportunidades) a fim de atender à segunda (o princípio da diferença). Ao afirmar a tese do distributivismo forte, ignoram-se essas relações de prioridade, pois a implicação do distributivismo forte é que o direito contratual teria de se conformar ao princípio da diferença, ainda que, eventualmente, em detrimento das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades.

Scheffler pondera, no entanto, que a diferença prática entre os distributivismos forte e fraco pode ser pequena. Considere, primeiramente, em que as duas teses se contradizem no que se refere ao princípio da diferença: enquanto a tese forte requer que o direito contratual se conforme ao princípio da diferença e, portanto, que suas normas sejam definidas de maneira a maximizar a posição dos cidadãos em pior situação, a tese fraca se contenta com que o direito contratual não piore a posição desses cidadãos. O problema, como diz Scheffler (2015, p. 13), é: piorar em relação ao quê? Somente podemos aferir se o direito contratual piora a posição dos cidadãos em pior situação se o compararmos com alguma alternativa. Tendo em vista, então, que a base de comparação seja um arranjo do direito contratual que maximiza a vantagem dos cidadãos em pior situação, quaisquer outras normas que não as desse arranjo (contanto que diversas em seus efeitos) terão como consequência piorar a posição dos cidadãos em questão e, logo, violarão a terceira condição da tese fraca. Assim interpretada, pois, essa condição acaba requerendo que a posição dos cidadãos em pior situação seja maximizada, o que (postos de lado os limites advindos dos outros dois princípios) coincide com a tese forte. A tese fraca somente se distinguiria da tese forte se usássemos uma base de comparação outra que não a do arranjo que maximiza a vantagem dos cidadãos em pior situação, mas, como reconhece o próprio Scheffler (2015, p. 13), é difícil pensar em uma justificativa para outra base de comparação que não essa.

Se os distributivismos forte e fraco coincidem no que se refere ao princípio da diferença, restariam a distingui-los apenas as condições de respeito às liberdades básicas e à equitativa igualdade de oportunidades. Dos autores que se debruçaram sobre o tema, nem Kordana *et al.* (2005) nem Scheffler (2015) reputam que essas condições tenham grande repercussão. Para Kordana *et al.*, a liberdade de contratar é um corolário do "direito à propriedade pessoal" (*right to personal property*) que Rawls inclui entre as liberdades resguardadas pelo primeiro princípio (RAWLS, 1993, p. 298). Assim como em relação à propriedade em geral, detalhes sobre o direito a contratar escapam do âmbito do primeiro princípio. A conclusão de Kordana *et al.* (2005, p. 609), portanto, é que o princípio das liberdades se limita a requerer alguma liberdade de contratar ou "*the construction of at least some contracting options as open*". De sua parte, Scheffler (2015, p. 13) também nega que o princípio das liberdades básicas implique algo como um regime de *laissez-faire* contratual e conclui não ser claro "*to what extent the liberties as he [Rawls] understands them would limit the use of contract law for distributive purposes.*"³

Quanto às implicações do princípio da equitativa igualdade de oportunidades, Kordana *et al.* (2005, p. 630-631) afirmam que esse princípio se opõe a certas práticas de discriminação contratual (por exemplo, de discriminação no emprego). Tendo em vista, porém, a dificuldade para discernir casos de discriminação legítima e ilegítima, bem como o fato de nas circunstâncias ideais para as quais a teoria da justiça de Rawls é primariamente concebida, casos de discriminação ilegítima serem raros, os mesmos autores admitem que poderia ser preferível interferir apenas em situações excepcionais, nas quais o exercício da liberdade de contratar tenha um efeito acumulado pernicioso para as oportunidades de determinados cidadãos (KORDANA *et al.*, 2005, p. 631-632).

Pois bem, se as implicações dos princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades para o direito contratual forem, de fato, modestas, e a condição de não piorar a posição dos cidadãos em desvantagem equivaler a um imperativo de maximização da posição desses cidadãos, então a diferença prática entre os distributivismos fraco e forte será pequena. Mesmo que se aceite o distributivismo

³Uma implicação do primeiro princípio para o direito contratual se referiria, segundo Scheffler (2015, p. 13, n. 15), aos contratos pelos quais uma das partes permita à outra infringir alguma de suas liberdades básicas. Como essas liberdades são inalienáveis, tais contratos seriam, de acordo com o princípio das liberdades básicas, nulos. Para uma posição divergente acerca das implicações do primeiro princípio para o direito contratual, v. Oman (2005, p. 1.501).

fraco, o direito contratual estará virtualmente sujeito, como quer o distributivismo forte, ao princípio da diferença.

Antes, porém, de avaliar se, e por quê, essa colonização do direito contratual pelo princípio da diferença é um problema, precisamos definir no que, precisamente, ela consiste. Como princípio de maximização da posição dos cidadãos em pior situação, o princípio da diferença, uma vez aplicado ao direito contratual, requererá que as normas sobre contratos sejam de molde a alcançar esse desiderato. Dentre as muitas conformações possíveis do direito contratual, deve-se instituir aquela sob a qual a vantagem dos cidadãos em pior situação seja a maior.

Uma implicação disso é que para um direito contratual sujeito ao princípio da diferença não há uma presunção em favor da liberdade contratual, salvo no caso em que se verifique que uma tal presunção maximiza a posição dos cidadãos em pior situação. Por outro lado, não é o mesmo afirmar que o direito contratual se sujeita ao princípio da diferença e que as motivações das partes ao contratar se sujeitam a esse princípio, ou, ao menos, não se compreendermos o direito contratual como direito estatal, isto é, cujo conteúdo "preinterpretativo" (DWORKIN, 1986, p. 65-66) são decisões de agentes estatais, como legisladores e juízes.⁴

Se é apenas o direito contratual, assim entendido, que pertence à estrutura básica da sociedade, então os cidadãos, ao contratarem, não necessariamente terão de atuar motivados para maximizar a posição dos que estão em pior situação.⁵ A insubordinação das motivações dos contratantes ao princípio da diferença é compatível com a ideia, no entanto, de que o direito contratual deva ser conformado de tal maneira a incutir nos contratantes as motivações adequadas a maximizar a vantagem dos cidadãos em pior situação. Por exemplo, podemos defender a proibição ao comércio de certos bens, como o sangue, sob a alegação de que tal proibição fomenta motivações que melhoram, no longo prazo, a posição dos cidadãos em pior situação.

Por que a colonização do direito contratual é um problema? Uma razão para rechaçar a aplicação ao direito contratual (bem como outras áreas do direito privado, como a responsabilidade civil) do princípio da diferença é que com ela se ignoram outras considerações de justiça, em particular de justiça corretiva, pertinentes às relações contratuais (WEINRIB, 1995). Mesmo que um princípio distributivo como o da diferença leve a resultados congruentes com a justiça corretiva, há uma diferença discursiva entre, por exemplo, dizer que o contrato entre A e B deve ser executado a fim de que a vantagem dos cidadãos em pior situação seja maximizada, e dizer que esse mesmo contrato deve ser executado devido à promessa que A fez para B ou porque B confiou justificadamente em A. Pode-se reconhecer essa incongruência sem, ao mesmo tempo, abraçar a tese de que considerações de justiça distributiva sejam inaplicáveis às relações de direito privado. Essa é uma tese que, caso aceita, põe em xeque não apenas a pertinência do princípio da diferença para os contratos, mas também a de considerações sobre a eficiência, tais como as que caracterizam a análise econômica do direito.

Scheffler (2015) levanta uma objeção um pouco diferente. Para ele, não é um problema que considerações de justiça distributiva se apliquem ao direito contratual, mas sim que, ao invés de apenas instituírem certos limites, essas considerações passem a determinar completamente o conteúdo das normas contratuais. Isso, segundo Scheffler (2015, p. 11), põe em xeque a ideia de Rawls de que a justiça da estrutura básica "*does not detract from but rather makes possible the important values expressed by free and fair agreements reached by individuals and associations*" (RAWLS, 2001, p. 53).

Rawls não diz quais são esses "importantes valores" que a justiça distributiva não solapa. Sobre isso, Scheffler cogita o seguinte (2015, p. 11-12):

First, when people enter into contractual arrangements, they engage in an activity that overlaps with and stands in a complex (and contested) relation to other forms of commitment and agreement-making, such as promising, which themselves implicate important values and norms. To insist, in a strong distributivist spirit, that the content of contract law was fully

⁴Cohen (2008) acusa o rawlsianismo de incongruência ao sujeitar ações governamentais ao princípio da diferença e tolerar que cidadãos talentosos requeiram incentivos para explorarem seus talentos.

⁵Podemos distinguir o caso em que as motivações dos contratantes não pertençam à estrutura básica e, portanto, não se sujeitem ao princípio da diferença, e o caso em que essas motivações pertençam à estrutura básica, mas, a fim de que o princípio da diferença seja atendido, conclua-se ser melhor que os cidadãos não atuem motivados por ele. Trata-se, no último caso, de uma ideia familiar ao utilitarismo: a ação que maximiza a utilidade pode não ser a que é motivada por esse objetivo.

determined by the difference principle, or by any similar principle, might place these values and norms in jeopardy. It might risk displacing them in favour of the one overarching requirement that contractual agreements must serve distributive ends. Second, many of the values that apply to specific interactions between individuals have a distinctively relational character. They focus on the nexus linking the individuals in question. Such values are implicated when, for example, we speak of what one person owes to another, or of the first person as having wronged the second, or of the second as having a complaint against the first. Much of the private law as traditionally conceived has a similarly relational or "bipolar" character.

Para Scheffler, em suma, o problema não é que considerações de justiça distributiva se apliquem ao direito contratual, mas que "dominem" esse direito de tal maneira a esvaziá-lo de qualquer outro conteúdo moral. Em consequência, ideias como a de "promessa" e "reparação" ficariam destituídas de qualquer sentido moral intrínseco para importar apenas e tão-somente em função de seus efeitos distributivos.

Se o problema da colonização for o de subordinar o direito contratual a quaisquer considerações de justiça distributiva, então parece que não há mesmo como resolvê-lo senão pela completa insujeição desse direito aos princípios da justiça rawlsiana. A colonização temida por Scheffler talvez possa ser evitada com recursos do próprio rawlsianismo. Na seção seguinte, discorro sobre uma liberdade básica negligenciada por autores como Scheffler, Kordana e Tabachnick em suas análises sobre as implicações da justiça como equidade para o direito contratual, a garantia do Estado de Direito (*rule of law*).

4 O PRINCÍPIO DAS LIBERDADES BÁSICAS E O ESTADO DE DIREITO

Rawls inclui o Estado de Direito (*rule of law*) entre as liberdades asseguradas pelo primeiro princípio (RAWLS, 1971/1999, p. 206 e s.; 2001, p. 28). Tratemos de definir, em primeiro lugar, o sentido com o qual ele usa essa expressão.

De acordo com Rawls, o ideal do Estado de Direito (doravante, ED) é, em primeiro lugar, o da "*regular and impartial administration of public rules*" (RAWLS, 1971/1999, p. 206), ou da correta aplicação das normas pelas autoridades encarregadas, o que envolve tratar igualmente casos similares (aferida a similaridade pelo critério da própria norma ou do princípio do qual ela emana) (RAWLS, 1971/1999, p. 208-209). O ED também inclui os preceitos de que as normas não sejam impossíveis de cumprir (RAWLS, 1971/1999, p. 207) e sejam conhecidas, claras e gerais em sua enunciação e intenção, de tal maneira a que não sejam usadas para lesar certas pessoas, e não retroajam (RAWLS, 1971/1999, p. 209). Há, ainda, preceitos relacionados à ideia de "juízo natural", cujo fim é "*to preserve the integrity of the judicial process*" (RAWLS, 1971/1999, p. 209-210). Um sistema jurídico deve, em consequência, assegurar o devido processo, entendido como "*a process reasonably designed to ascertain the truth, in ways consistent with the other ends of the legal system*" (RAWLS, 1971/1999, p. 210).

Ainda que a descrição acima não seja exaustiva, está claro que a concepção de ED de Rawls é eminentemente formal,⁶ no sentido de não conter maiores prescrições acerca do conteúdo das normas. O ED, diz Rawls, é compatível com a injustiça (RAWLS, 1971/1999, p. 208). O ED tampouco se confunde com outras liberdades asseguradas pelo primeiro princípio, como as de expressão e credo. Por fim, em contraste com a concepção de Hayek (1944/2006, cap. 6), o ED não implica, para Rawls, direitos de propriedade individuais e liberdade de contratar robustos. Embora o direito a "propriedade pessoal" (*personal property*) esteja entre os direitos básicos sob a justificativa de permitir "*a sufficient material basis for personal independence and a sense of self-respect*" (RAWLS, 2001, p. 114), Rawls nega que o primeiro princípio abranja direitos individuais de propriedade ou de igual controle sobre recursos naturais e bens de produção (RAWLS, 2001, p. 114). O princípio das liberdades básicas é agnóstico, em outras palavras, quanto aos detalhes do regime (capitalista ou socialista) de produção.

Vejam agora porque o ED, no sentido como Rawls o concebe, está entre as liberdades básicas. Para Rawls, a justificativa para incluir o ED entre as liberdades básicas é instrumental. Ele está entre as liberdades protegidas pelo primeiro princípio porque é necessário "*if the other basic liberties are to be properly guaranteed*" (RAWLS, 2001, p. 113; 1993, p. 335). A explicação para isso é a seguinte. As liberdades básicas não podem ser

⁶Sobre a distinção entre concepções formais e substanciais de ED, v. Craig (1997). Para concepções afins à de Rawls, v. Fuller (1963/1969, cap. 2) e Raz (1979, cap. 11). Uma concepção mais marcadamente substancial de ED é a de Hayek (1944/2006, cap. 6).

asseguradas apenas abstratamente. Elas precisam ser “especificadas” (Rawls, 1971/1999, p. 178), isto é, ter seus contornos definidos de modo a que os casos de aplicação mais importantes fiquem claros, o que, segundo Rawls, deve ocorrer em sucessivos estágios – constitucional, legal e judicial (Rawls, 1993, p. 298). Devido a que diferentes liberdades podem, ocasionalmente, entrar em conflito, a referida especificação também envolve instituir restrições às liberdades (RAWLS, 1971/1999, p. 178). Só depois de especificadas é que as liberdades podem atender ao que é, para Rawls, seu desiderato, a saber, prover as condições para o adequado desenvolvimento e exercício pleno e informado das duas capacidades morais (*moral powers*) nos dois casos fundamentais (*fundamental cases*) (RAWLS, 2001, p. 58; 1993, p. 332). Essas capacidades morais são as capacidades para um senso de justiça e para uma concepção de bem, e os dois casos fundamentais são aqueles nos quais essas capacidades são exercidas, respectivamente, para a avaliação sobre a justiça da estrutura básica da sociedade e para a definição e revisão de uma concepção de bem (RAWLS, 2001, p. 45; 1993, p. 332).

De nada servirá, porém, que as liberdades sejam especificadas se, a despeito disso, os cidadãos continuarem sem saber o que lhes é, de fato, permitido. É por isso que o ED tem um papel instrumental em relação às demais liberdades básicas e, indiretamente, às capacidades morais nos dois casos referidos. Somente se a especificação das liberdades observar prescrições do ED, tais como as relativas à clareza, aplicação consistente e não retroatividade da lei, é que os cidadãos poderão contar, de fato, com as liberdades para o “desenvolvimento adequado e exercício pleno” (RAWLS, 2001, p. 45) das suas capacidades morais. Em circunstâncias nas quais o ED é contumaz desrespeitado, os cidadãos estão permanentemente sujeitos ao risco de sanções e são, conseqüentemente, inibidos de praticar atos imprescindíveis ao desenvolvimento e exercício das mencionadas capacidades.

A relação entre liberdades básicas e capacidades morais também explica por que, embora o ED seja requerido pelo primeiro princípio da justiça, daí não decorre que suas prescrições tenham de ser plenamente atendidas.⁷ Não contraria o primeiro princípio o fato de algumas disposições legais sobre as liberdades serem ambíguas ou indeterminadas aplicarem-se, de modo, não de todo consistente ou retroagirem. O que importa é que essas e outras afrontas ao ED não ocorram com frequência suficiente para solapar as condições para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais.⁸ É plausível afirmar que essas condições subsistem, mesmo que, ocasionalmente, os ditames do ED sejam desconsiderados.

5 IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DAS LIBERDADES BÁSICAS PARA OS CONTRATOS

Como vimos acima, os autores que tratam das implicações da justiça rawlsiana para os contratos dão pouca importância ao princípio das liberdades básicas. O direito contratual estaria eminentemente sujeito, em consequência, às prescrições do segundo princípio e, em particular, ao princípio da diferença.⁹

À primeira vista, o fato de o ED estar entre as liberdades garantidas pelo primeiro princípio talvez não pareça levar a uma opinião diferente. Como explicado na seção anterior, o ED tem um papel instrumental em relação a outras liberdades básicas. Essas liberdades falharão em prover condições para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais se não forem especificadas ou se, apesar de o serem, o conteúdo das disposições que as especificam e, principalmente, o seu modo de aplicação afrontarem grosseiramente o ED. Uma conclusão a tirar daí seria, então, a de que o ED não importaria, ou não, ao menos, o suficiente para ser garantido pelo primeiro princípio, no que se refere a normas outras que não as destinadas à especificação das liberdades básicas. Em outras palavras, enquanto a aplicação contrária ao ED de disposições legais sobre a liberdade de expressão, por exemplo, infringiria o primeiro princípio, o mesmo não seria de dizer quanto a normas com objeto estranho às liberdades básicas, tais como as do direito contratual.

Creio, porém, que é possível argumentar contra a conclusão do parágrafo anterior. Lembre-se, para começar, que o direito à propriedade pessoal (*right to personal property*) é incluído por Rawls entre as liberdades básicas. Seu papel é “to allow a sufficient material basis for a sense of personal independence and

⁷Para argumentos em favor da tese de que o atendimento irrestrito às prescrições do ED não é sequer desejável, v. Marmor (2004).

⁸De um modo geral, a prioridade das liberdades em Rawls é uma função do seu valor para as capacidades morais. Nenhuma liberdade é protegida pelo primeiro princípio em si mesma e em todas os seus casos de aplicação, mas apenas se e à medida que se mostre indispensável para o desenvolvimento e exercício das referidas capacidades (RAWLS, 1993, p. 335-336).

⁹Não menciono aqui as implicações para o direito contratual do princípio da equitativa igualdade de oportunidade, o que não quer dizer que elas não sejam importantes.

self-respect, both of which are essential for the development and exercise of the moral powers (RAWLS, 1993, p. 298; v. também 2001, p. 114). Como explicado anteriormente, esse direito não tem implicações maiores para o regime da propriedade em geral e, portanto, não assegura direitos individuais de propriedade sobre os meios de produção ou um regime contratual de *laissez-faire*. Mesmo, porém, que o direito à propriedade pessoal não tenha como corolário nenhum regime de propriedade específico, é possível afirmar que esse direito seria violado por um estado de coisas de acentuada indefinição sobre direitos de propriedade. Para o senso de independência e o autorrespeito que Rawls reputa essenciais para as capacidades morais, não basta que as pessoas atualmente disponham de recursos para usar como lhes apraz. É preciso, ademais, que elas possam contar com o uso desses recursos no futuro, o que depende, em boa medida, de direitos de propriedade juridicamente tutelados. O respeito ao ED em matéria contratual também tem, por isso, um papel instrumental quanto às liberdades básicas: uma vez que a regulação dos contratos viole o ED, faltará aos direitos de propriedade a proteção que é corolário do direito à propriedade pessoal.

Antes de voltarmos ao problema da colonização, convém definir com mais clareza os limites que o ED, como parte do primeiro princípio da justiça de Rawls, impõe ao direito contratual. Como observado acima, o princípio das liberdades requer conformidade ao ED apenas à medida do necessário para o desenvolvimento e exercício das capacidades morais nos dois casos fundamentais. Enquanto uma acentuada incerteza decorrente da inobservância contumaz ao ED em matéria de propriedade é, sem dúvida, um óbice ao desenvolvimento e exercício das referidas capacidades e, em particular, da capacidade para uma concepção de bem, o mesmo não se poderia dizer da inobservância eventual que, como tal, não impeça que os cidadãos contêm com a proteção a direitos de propriedade.

Não deve ser demais lembrar, ainda, que os direitos de propriedade cuja proteção se tem em vista são quaisquer direitos, e que, em consequência, a subordinação ao ED pouco diz a respeito do conteúdo que o direito contratual deve ter. Afinal, como dito, o princípio das liberdades é compatível com os mais diversos regimes de propriedade. O que o direito à propriedade pessoal requer (afora alguns poucos direitos de individuais de propriedade) é que, qualquer que seja o regime de propriedade, ele se faça valer, rotineiramente, de acordo com as prescrições do ED.

Passemos, então, à questão de saber como o ED limita a aplicação do princípio da diferença ao direito contratual. A resposta é um tanto simples. Caso aceitássemos a ideia de que o princípio das liberdades é alheio ao direito contratual, teríamos, então (desconsiderados os limites da equitativa igualdade de oportunidades), que considerar como justa qualquer arranjo sob o qual a vantagem dos cidadãos em pior situação fosse maximizada. Isso implicaria, eventualmente, aceitar que as disposições sobre contratos fossem desconhecidas dos cidadãos, indeterminadas ou com força retroativa, entre outras violações do ED, contanto, é claro, que um arranjo com essas características tivesse o condão de maximizar a posição dos cidadãos em pior situação. Devido à garantia do ED pelo primeiro princípio, porém, essas medidas, ainda que se mostrassem, de fato, benéficas para os cidadãos em desvantagem, não poderiam ser empregadas.

A esta altura, poder-se-ia ponderar que os limites referidos são, na verdade, inócuos, porque qualquer conformação do direito contratual que viole grosseiramente o ED teria efeitos perniciosos para todos, inclusive para os cidadãos em pior situação. A garantia do ED, conseqüentemente, em nada contrariaria o que o princípio da diferença por si só já requer, consideradas as coisas como são, isto é, o impacto negativo que o desrespeito ao ED costuma ter. Não deixa de ser importante, contudo, reconhecer que, para o rawlsianismo, a rejeição a um direito contratual que não atente minimamente para as prescrições do ED não é meramente contingente e se mantém ainda na hipótese, quiçá remota, de o desrespeito reiterado a essas prescrições favorecer os cidadãos em pior situação.

É duvidoso, além disso, que, em certos casos, ao menos, violações ao ED (além da medida tolerada pelo primeiro princípio) não sejam requeridas pelo princípio da diferença. Por exemplo, a retroatividade da legislação contratual pode, apesar de seus efeitos gerais funestos, eximir no todo ou em parte cidadãos em pior situação de obrigações contratuais onerosas para si e, em consequência, mostrar-se, ocasionalmente, em conformidade com o princípio da diferença. Outra possibilidade é que violações ao juízo natural para a execução de contratos venham a ter consequências benéficas para a população em geral, inclusive para os cidadãos em pior situação.

Vejamos, então, qual "imagem" de direito contratual decorre da sua subordinação aos princípios da justiça de Rawls, entre eles o primeiro princípio e a garantia do ED que dele decorre. Um direito contratual rawlsiano não é, por certo, necessariamente um direito de *laissez-faire* (embora possa sê-lo). A liberdade contratual pode ser, portanto, bastante restrita, sujeitando-se a validade de contratos a requisitos tanto

procedimentais quanto substanciais (isto é, relacionados ao conteúdo do contrato). Mesmo que importantes ou em grande número, no entanto, essas restrições serão – senão sempre, ao mesmo quase sempre – um tanto gerais, definidas previamente de maneira clara e não se aplicarão a contratos feitos anteriormente à sua vigência. A validade do contrato não dependerá, pois, (ou não, ao menos, em medida considerável) de uma avaliação discricionária *ex post* pelas autoridades, inclusive juízes, sobre os seus efeitos para os cidadãos em pior situação. Limites à liberdade contratual deverão ser, ainda, até certo ponto, estáveis.¹⁰ Por fim, todas essas considerações também valeriam para normas que não impõem condições ou limites ao exercício da liberdade contratual, tais como, em especial, as normas (dispositivas ou supletivas) a aplicar no silêncio das partes.

Serão as condições descritas no último parágrafo suficientes para evitar a colonização do direito contratual pelo princípio da diferença? Em um certo sentido, como já dito, é evidente que não. Observados os limites do ED, o direito contratual continuaria orientado pelo princípio da diferença, de modo que, fundamentalmente, as fronteiras da liberdade contratual continuariam a depender dos efeitos dessa liberdade (ou da falta dela) para os cidadãos em pior situação. Por outro lado, para aqueles que não endossam a tese extrema da incompatibilidade entre o direito privado e princípios distributivos, os limites do ED podem ser tranquilizadores. Permitam-me transcrever novamente as palavras de Scheffler (2015, p. 11-12):

First, when people enter into contractual arrangements, they engage in an activity that overlaps with and stands in a complex (and contested) relation to other forms of commitment and agreement-making, such as promising, which themselves implicate important values and norms. To insist, in a strong distributivist spirit, that the content of contract law was fully determined by the difference principle, or by any similar principle, might place these values and norms in jeopardy. It might risk displacing them in favour of the one overarching requirement that contractual agreements must serve distributive ends. Second, many of the values that apply to specific interactions between individuals have a distinctively relational character. They focus on the nexus linking the individuals in question. Such values are implicated when, for example, we speak of what one person owes to another, or of the first person as having wronged the second, or of the second as having a complaint against the first. Much of the private law as traditionally conceived has a similarly relational or “bipolar” character.

Um direito contratual orientado pelo princípio da diferença, mas constituído, em boa parte dos casos, por normas dotadas de considerável generalidade e clareza, públicas, estáveis e aplicáveis somente para o futuro, parece compatível com “importantes valores” que a realização de contratos envolve e, em particular, com seu caráter “relacional” ou “bipolar”. Como os limites do ED impedem que o princípio da diferença seja aplicado de maneira casuística e *ex post facto*, argumentos baseados nesse princípio não estariam disponíveis para justificar obrigações individuais, mas apenas as normas (gerais etc.) segundo as quais essas obrigações são contraídas, preservando-se, assim, o espaço para os valores ou razões aos quais Scheffler se refere.

6 CONCLUSÃO

Neste artigo, argumentou-se que a sujeição do direito contratual aos princípios da justiça de Rawls e, em particular, ao princípio da diferença não tem as consequências que Scheffler (2015) parece temer. Tendo em vista a relação de prioridade léxica entre os princípios da justiça, compete ao direito contratual atender ao princípio da diferença (maximizando a vantagem dos cidadãos em pior situação) apenas à medida que isso não infrinja os princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades. Em relação ao primeiro desses princípios, afirmo que as prescrições do Estado de Direito (ED) se aplicam ao direito contratual e, em consequência, requerem que ele presente, ao menos em boa parte dos casos, características como generalidade, precisão, estabilidade e não retroatividade. Em consequência, a subordinação do direito contratual ao princípio da diferença não abre caminho para uma avaliação judicial casuística, que faça depender a existência de cada obrigação contratual individualmente considerada de seu impacto sobre os cidadãos em pior situação.

¹⁰Sobre a estabilidade como virtude do ED, v. Fuller (1963/1969, p. 79-81) e Raz (1979, p. 215-216).

REFERÊNCIAS

BEN-SHAHAR, O.; POTTOW, J. A. E. On the stickiness of default rules. **Florida State University Law Review**, v. 33, n. 3, p. 651-682, 2006.

COHEN, G. A. Where the action is: on the site of distributive justice. **Philosophy & Public Affairs**, v. 26, n. 1, p. 3-30, 1997.

COHEN, G. A. **Rescuing justice and equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

CRAIG, P. P. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. **Public Law**, 1997, p. 467-487, 1997.

DWORKIN, R. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

HAYEK, F. A. **The road to serfdom**. Londres: Routledge, 1944/2006.

FULLER, L. L. **The morality of law**. ed. rev. New Haven: Yale University Press, 1963/1969.

KORDANA, K. A & TABACHNICK, D. H. Rawls and contract law. **George Washington Law Review**, v. 73, p. 598-632, 2005.

MARMOR, A. The rule of law and its limits. **Law and Philosophy**, v. 23, p. 1-43, 2004.

MURPHY, L. B. Institutions and the demands of justice. **Philosophy & Public Affairs**, v. 27, p. 251-291, 1998.

OMAN, N. B. Unity and pluralism in contract law. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1.483-1.506, 2005.

RAWLS, J. **A theory of justice**. 2. ed. Cambridge: Belknap Press, 1971/1999.

RAWLS, J. **Political liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, J. **Justice as fairness: A restatement**. Cambridge: Belknap Press, 2001.

RAZ, J. **The authority of law**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

SCHEFFLER, S. Distributive justice, the basic structure and the place of private law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 2, 2015, p. 1-23, 2015.

WEINRIB, E. J. **The idea of private law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

SOBRE O AUTOR

Leandro Martins Zanitelli

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universität Hamburg, UH, Alemanha.

Contato: leandrozanitelli@gmail.com