

# Contratos, liberalismo igualitário e consequencialismo

## Contracts, egalitarian liberalism and consequentialism

**Leandro Martins Zanitelli<sup>1</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/Brasil)  
leandrozanitelli@gmail.com

### Resumo

O artigo trata das implicações de concepções de justiça liberais igualitárias, como a de John Rawls, para o desenho institucional das condições de validade de contratos. Mais precisamente, testa-se a hipótese de que o liberalismo igualitário implica uma abordagem consequencialista para o problema da validade contratual. Ao final, essa hipótese é refutada: conclui-se que, para além de limites deontológicos decorrentes de princípios como os das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades, o liberalismo igualitário dispõe de recursos para escapar a uma solução consequencialista. Ressalva-se, no entanto, a dificuldade para justificar em termos liberais igualitários certos requisitos substantivos (relacionados à ideia de “justiça contratual”) para os contratos.

**Palavras-chave:** contratos; liberalismo igualitário; consequencialismo; justiça contratual.

### Abstract

This paper addresses the impact of egalitarian liberal accounts of justice, like John Rawls's, on the issue of contractual enforcement. More particularly, the aim is to assess a “consequentialist hypothesis” – the hypothesis that egalitarian liberalism give place to a consequentialist approach in the field of contract law. This hypothesis is here refuted; it is claimed below that egalitarian liberalism is able to reject consequentialism. The paper stresses, however, the difficulties of arguing on egalitarian liberal grounds in favor of substantive conditions – such as those related to the idea of substantive

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Faculdade de Direito. Av. João Pinheiro, 100, CEP 30.130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil.

unconscionability or transactional fairness – for the enforcement of contracts.

**Keywords:** contracts; egalitarian liberalism; consequentialism; transactional fairness.

## Introdução

O que uma teoria da justiça liberal igualitária, como a de Rawls, tem a dizer sobre o direito contratual em geral e, em particular, sobre as condições de validade dos contratos? Neste artigo, testa-se a hipótese de que o liberalismo igualitário (LI) implica uma abordagem consequencialista para o direito contratual. De acordo com essa abordagem, requisitos de validade dos contratos devem ser definidos de acordo com suas consequências, de curto e longo prazo, para as partes e para terceiros.

Minha conclusão é que é possível desatrelar o LI do consequencialismo contratual (CC), mas apenas limitadamente. Certos princípios de justiça caros ao LI, como os princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades, embasam restrições não consequencialistas (deontológicas) ao poder de contratar validamente, mas esses princípios não dão resposta a boa parte das questões relativas à validade de contratos. Outra estratégia para refutar a hipótese consequencialista consiste em apelar para o compromisso do LI com a pluralidade de valores. Essa estratégia, contudo, parece insuficiente para justificar em termos não consequencialistas uma das principais características da doutrina contratual contemporânea, a de condicionar a validade de contratos à equanimidade de seu conteúdo – à “justiça contratual”.

O artigo é organizado como segue. A primeira seção faz alguns esclarecimentos sobre requisitos de validade dos contratos e sobre uma abordagem consequencialista acerca desses requisitos. A segunda seção apresenta as considerações que embasam a hipótese consequencialista – a hipótese de que o LI força a responder à questão da validade contratual de maneira consequencialista. As duas seções subsequentes tratam de possíveis estratégias às quais liberais igualitários podem recorrer para fugir ao CC. Na terceira seção, considera-se o apelo aos princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades, enquanto a quarta seção trata do argumento do pluralismo. A quinta seção se propõe a mostrar que, a despeito de o pluralismo ser um impedimento a uma teoria contratual do LI consequencialista, é difícil que o recurso ao pluralismo baste para fundamentar um certo requisito de validade substancial – o requisito da justiça contratual – em termos não consequencialistas.

## Requisitos de validade e consequencialismo

Esta seção começa com uma breve explanação sobre requisitos de validade contratual. Depois, trataremos das características de uma abordagem consequencialista em relação a esses requisitos.

Requisitos de validade contratual são entendidos aqui como requisitos (não necessários ou suficientes) para que um contrato seja coercivamente aplicado. Para os fins deste artigo, uma classificação importante dos requisitos de validade é a que os divide em requisitos substanciais e procedimentais. Condições de validade substanciais são as que se referem ao conteúdo do contrato – por exemplo, que o contrato não obrigue alguma das partes a fazer algo proibido ou que as prestações que incumbem às partes não tenham valor muito díspar. Requisitos procedimentais, em contrapartida, são os que se referem ao modo como, ou às circunstâncias sob as quais, o contrato foi feito – por exemplo, que o contrato seja feito por escrito ou que as partes tenham estado adequadamente informadas.

Vejamos agora em que consiste uma abordagem consequencialista acerca desses requisitos (substanciais e procedimentais). Considere, antes, que a nossa questão aqui diz respeito ao desenho do direito contratual, e não à sua interpretação tendo em vista a legislação vigente e outras fontes normativas. Queremos saber, em outras palavras, quais requisitos de validade deveriam ser incluídos no direito contratual como questão de política legislativa.

A fim de caracterizar a abordagem consequencialista, partamos de um exemplo no qual, ao contratar com *A*, *B* não dispunha de certa informação relevante. A questão é se, a despeito da desinformação de *B*, esse contrato deve ser tido como válido. Podemos começar diferenciando aqui um consequencialismo de atos de um consequencialismo de regras. No primeiro caso, a abordagem consequencialista se caracteriza por responder sobre o que deve ser feito com base nas consequências da decisão sobre o contrato entre *A* e *B*. No segundo, as consequências que importam não são as dessa decisão apenas, mas as de uma regra para a decisão de casos como o de *A* e *B* e outros suficientemente similares.

Seja na versão de atos ou na de regras, é característico, ademais, da abordagem consequencialista que as consequências consideradas sejam tanto imediatas quanto mediatas, isto é, de curto e também de mais longo prazo. Por exemplo, é provável que uma decisão pela invalidade do contrato favoreça *B* de imediato (*B* não será forçada a cumprir o contrato), mas é preciso levar em conta se, a longo prazo, essa mesma decisão não terá efeitos indesejáveis para *B* (se for, por exemplo, uma decisão que desincentive os contratos em geral ou a procura por informações relevante como a que *A* possuía ao contratar com *B*).<sup>2</sup>

Também é característico da abordagem consequencialista que as consequências relevantes para a análise não se limitem aos contratantes. Queremos saber, pois, sobre as consequências da decisão sobre a validade do contrato não apenas para *A* e *B*, mas também para terceiros.<sup>3</sup>

Outras questões são importantes para bem definir a abordagem consequencialista, mas, para os fins do artigo, é suficiente mencionar uma última característica, a saber, a de que, para o consequencialismo, o ato (ou regra) correto é o que tem as melhores consequências. A abordagem consequencialista é, portanto, uma abordagem maximizadora.

<sup>2</sup> O exemplo e parte das considerações acima são inspirados em Kronman (1980, p. 489-490).

<sup>3</sup> Quais terceiros? A humanidade inteira ou apenas os concidadãos de *A* e *B*? Somente seres humanos vivos ou gerações futuras também? Essas e outras perguntas devem ser respondidas por um defensor da abordagem consequencialista. Para o presente artigo, no entanto, elas são irrelevantes.

Em seguida, passaremos à relação entre consequencialismo contratual (expressão usada doravante para referir a abordagem consequencialista a questões de validade contratual) e liberalismo igualitário.

## Liberalismo igualitário e consequencialismo contratual

Esta seção começa apresentando o liberalismo igualitário (doravante, LI) como uma concepção de justiça comprometida com a justiça distributiva e com uma concepção pós-institucional de propriedade. A seguir, veremos como essas duas características inclinam o LI em direção ao consequencialismo contratual (doravante, CC).

Há dois sentidos nos quais o LI está comprometido com a justiça distributiva. Em um sentido forte, o LI concebe uma sociedade justa como um “esquema de cooperação”<sup>4</sup> sujeito a um princípio de reciprocidade. A cooperação é recíproca, nos termos desse princípio, se os cidadãos com superiores talentos somente se beneficiam de suas aptidões à medida que os demais também o façam (Rawls 2001, p. 76-77). O princípio da diferença, segundo o qual desigualdades na distribuição de bens primários devem beneficiar tanto quanto possível os cidadãos em pior situação (Rawls, 2001, p. 42-43), é uma instância do princípio da reciprocidade (Rawls, 2001, p. 76).

Em um sentido fraco, o LI endossa algum princípio de justiça distributiva (não necessariamente um princípio de reciprocidade) para que todos os cidadãos possuam recursos adequados para o exercício de suas liberdades.<sup>5</sup> Nesse sentido menos exigente, o compromisso do LI com a justiça distributiva pode se traduzir em um princípio de suficiência (segundo o qual nenhum cidadão deve estar abaixo de um certo patamar) e ser compatível, portanto, com desigualdades consideráveis (superiores às permitidas por um princípio de reciprocidade). Mesmo em tal caso, no entanto, o LI não se contenta com a mera igualdade perante a lei ou com uma garantia apenas formal das liberdades fundamentais.<sup>6</sup>

Outra característica do LI é a sua concepção pós-institucional (ou política) de propriedade. Em contraste, por exemplo, com o libertarismo, o LI não reconhece direitos de propriedade anteriores ou independentes das instituições sociais. O corolário disso é que, no LI, a propriedade, sendo ela mesma uma função das instituições, fica subordinada aos princípios de justiça aplicáveis a essas instituições.<sup>7</sup>

Vejam agora por que as duas características recém mencionadas inclinam o LI para o CC. O compromisso com a justiça distributiva favorece o CC porque faz com que nos interessemos sobre o impacto global de uma decisão ou regra contratual. Considere, para contrastar, o caso de uma justiça transacional, como a justiça corretiva, para a qual efeitos

<sup>4</sup> A expressão é de Rawls (por exemplo, 1999, p. 12).

<sup>5</sup> Em *O liberalismo político*, Rawls apresenta a sua concepção de justiça, a “justiça como equidade” como exemplo de uma concepção política liberal de justiça. Concepções políticas liberais se caracterizam, segundo ele, por: a) certos direitos (ou liberdades) básicos; b) uma especial prioridade a esses direitos; c) meios adequados a que os cidadãos façam uso de suas liberdades (Rawls, 2005, p. 6). Essas concepções estão, portanto, comprometidas com a justiça distributiva (ao menos) no sentido fraco.

<sup>6</sup> Para a resposta de Rawls à crítica de Marx de que as liberdades liberais são meramente formais, ver Rawls (2001, p. 177).

<sup>7</sup> Para a distinção entre concepções pré e pós-institucionais de propriedade, ver Kordana e Tabachnick (2006, p. 143).

sobre terceiros são irrelevantes. A justiça distributiva não é uma justiça transacional. Assim, a pergunta que o CC nos faz responder – sobre as consequências de uma decisão ou de certo desenho institucional para os contratos – é potencialmente relevante, ao menos, para a justiça distributiva – como não o seria para um princípio de justiça transacional.<sup>8</sup>

A concepção pós-institucional de propriedade também aproxima o LI do CC por sujeitar a propriedade a um ou mais princípios de justiça distributiva. O poder de contratar é uma das posições jurídicas que compõem a propriedade; como tal, esse poder é, no LI, inteiramente condicionado às instituições e aos princípios a que elas devem se conformar. A rejeição a uma concepção pré-institucional de propriedade é importante também em tal contexto porque uma concepção assim costuma impor critérios não consequencialistas de validade contratual. Em geral, concepções pré-institucionais admitem que direitos de propriedade sejam transferidos voluntariamente, o que requer, então, uma definição sobre as condições para que uma transferência seja voluntária. Essas condições, por sua vez, não podem ser consequencialistas.<sup>9</sup> Assim, ao abdicar de qualquer concepção pré-política de propriedade, o LI se priva de uma ideia que o forçaria a tratar das condições de validade de contratos em termos não consequencialistas.<sup>10</sup>

Convém ressaltar que as considerações acima se limitam a mostrar certa afinidade entre o LI e o CC. O compromisso com a justiça distributiva pode favorecer o CC, mas o LI não se resume a um ou mais princípios de justiça distributiva; não se pode concluir, pois, sem mais, que o referido compromisso implique o CC. Quanto à rejeição a concepções pré-institucionais de propriedade, o que se pode dizer é que ela obstrui um caminho para negar o CC. Pode haver, contudo, outros caminhos.

## **Argumentos anticonsequencialistas (1): liberdades básicas e equitativa igualdade de oportunidades**

De que recursos dispõe o LI para fugir ao CC? Na tradição rawlsiana, o CC é mais comumente associado ao princípio da diferença (Kordana e Tabachnick, 2005; Scheffler, 2015). Aplicado ao direito dos contratos, esse princípio requereria que as condições de validade fossem as mais vantajosas possíveis, no que se refere à distribuição de certos bens primários, como riqueza e renda, para os cidadãos em pior situação. Se o princípio da diferença impõe uma abordagem consequencialista para os contratos, então a base para considerações não consequencialistas, nos quadros de uma teoria contratual rawlsiana, pode

<sup>8</sup> Mesmo no caso de uma concepção de justiça distributiva sensível a bens relacionais, como propõe Gheaus (2018), a ampliação do foco a que o texto acima se refere parece inevitável. Por exemplo, suponha uma concepção de justiça distributiva sensível ao bem das transações voluntárias. Suponha, também, que essa concepção convide a inquirir sobre as condições para que uma transação seja propriamente voluntária, uma pergunta que cinge nossa análise às partes da transação. Mesmo assim, se é de justiça distributiva que estamos tratando, não teríamos que considerar os efeitos de uma decisão para o caso das partes *A* e *B* sobre outras transações – por exemplo, qual decisão para o caso de *A* e *B* é mais propensa a que transações voluntárias, entre os mesmos *A* e *B* e outras pessoas, ocorram no futuro?

<sup>9</sup> A proposta de definir voluntariedade em moldes consequencialistas poderia ser acusada de usar o termo “voluntário” como mero biombo para considerações de política e, portanto, de não levar o conceito de voluntariedade a sério. Para uma crítica à manipulação de conceitos para fins de política, ver Coleman (1988, p. 1.251-1.253).

<sup>10</sup> A tese de Kronman (1980) é que nem mesmo o libertarismo dispõe de recursos para se furtar ao CC, mas essa é uma crítica ao libertarismo, e não à incompatibilidade entre uma concepção pré-institucional de propriedade e o consequencialismo.

estar nos outros princípios da concepção de justiça de Rawls.

Além do princípio da diferença, a justiça como equidade se compõe dos princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades.<sup>11</sup> O primeiro assegura a cada cidadão um adequado esquema de liberdades básicas compatíveis com iguais liberdades para os demais (Rawls, 2001, p. 42), enquanto o segundo requer oportunidades equitativamente iguais para ocupar cargos e posições (Rawls, 2001, p. 42), entendendo-se como “equitativamente iguais”, grosso modo, oportunidades que dependam apenas de talentos inatos e da disposição para cultivá-los (Rawls, 2001, p. 43-44).<sup>12</sup>

Para que os princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades ao menos restrinjam o CC, é preciso que eles tenham algo a dizer sobre os requisitos de validade contratual e os sujeitem a considerações não consequencialistas. Tendo em vista a prioridade dos princípios em questão sobre o da diferença, se essas condições forem satisfeitas, teremos encontrado uma tensão entre uma versão particularmente influente de LI (a rawlsiana) e o CC.

Que os princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades sujeitem a validade contratual a considerações não consequencialistas é algo afirmado tanto por Rawls quanto por seus intérpretes, em particular Freeman (2018). Começemos com o princípio das liberdades básicas. Para Freeman, a liberdade contratual (entendida como poder de contratar validamente) é implicada pela inclusão de um direito à propriedade pessoal entre as liberdades básicas (Freeman, 2018, p. 290-291; no mesmo sentido, Kordana e Tabachnick, 2005, p. 609).<sup>13</sup> A liberdade de contratar tem, ademais, valor instrumental para a liberdade (básica) de associação, pois o poder dos associados de se autovincular negocialmente promove a confiança e, ao fazê-lo, dá força e estabilidade às relações associativas (Freeman, 2018, p. 293-294).<sup>14</sup> Por fim, o princípio das liberdades básicas também se considera incompatível com a escravidão voluntária e com contratos em geral de renúncia a alguma dessas liberdades (Rawls, 2005, p. 365-367).<sup>15</sup>

Em relação à equitativa igualdade de oportunidades, Freeman defende três implicações quanto aos contratos. Primeiro, a equitativa igualdade de oportunidades se opõe a práticas de discriminação na contratação de massa – em especial, à discriminação no comércio e emprego (Freeman, 2018, p. 297-299).<sup>16</sup> Segundo, o mesmo princípio também seria incompatível com

<sup>11</sup> O princípio das liberdades básicas (primeiro princípio) tem prioridade sobre os demais; o princípio da equitativa igualdade de oportunidades (primeira parte do segundo princípio) é prioritário em relação ao princípio da diferença (segunda parte do segundo princípio) (Rawls, 2001, p. 43).

<sup>12</sup> Outro princípio, o princípio da poupança justa, trata de problemas de justiça intergeracional. Ver Rawls (2001, p. 159-160).

<sup>13</sup> Isso não quer dizer que a liberdade de contratar seja, em geral, uma liberdade básica. Para a negativa de Rawls a esse respeito, ver Rawls (1999, p. 54). Sobre o direito à propriedade pessoal como liberdade básica, ver Rawls (2005, p. 298).

<sup>14</sup> Para Kordana e Tabachnick (2005), devido à concepção pós-institucional de propriedade e à falta de direitos de propriedade robustos entre as liberdades básicas, a liberdade de contratar e seus limites são, do ponto-de-vista rawlsiano, matéria do segundo princípio de justiça (isto é, dos princípios da equitativa igualdade de oportunidades e da diferença). Ainda segundo esses autores, a liberdade de contratar poderia ser deduzida do princípio das liberdades básicas caso esse princípio fosse entendido como princípio de maximização da liberdade, uma interpretação que é, contudo, explicitamente rejeitada pelo próprio Rawls (Kordana e Tabachnick 2005, p. 612-613).

<sup>15</sup> Para argumentos liberais em favor da inalienabilidade das liberdades básicas, ver Freeman (2018, p. 111-115).

<sup>16</sup> O próprio Rawls defende a proibição de ofertas de emprego discriminatórias (Rawls, 2005, p. 363). Kordana e Tabachnick (2005, p. 630, n. 131) aceitam essa implicação, mas manifestam dúvida sobre se a concepção de justiça rawlsiana dispõe de recursos para diferenciar a discriminação ofensiva à equitativa igualdade de oportunidades e a discriminação justificada pelas características do emprego (como seria o caso, por exemplo, da discriminação contra pessoas de baixa estatura no basquete).

certas cláusulas discriminatórias – um caso exemplar seria aqui a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Shelley v. Kramer*, de 1948, em que a corte rechaçou cláusulas contrárias à venda ou locação de imóveis para negros (Freeman, 2018, p. 299-300). Por fim, Freeman aventa que a própria liberdade de associação possa ser restringida em nome da equitativa igualdade de oportunidades, como no caso de associações discriminatórias (por exemplo, clubes masculinos) que confirmam vantagens a seus membros para a ocupação de cargos e posições (Freeman, 2018, p. 299-301).<sup>17</sup>

Ainda que todas essas implicações se considerem, de fato, condizentes com princípios de justiça liberais igualitários como os rawlsianos, elas podem ser tidas como periféricas<sup>18</sup> e, portanto, incapazes de desatrelar substancialmente o LI do CC. As liberdades básicas apenas requereriam que as condições de validade contratual não sejam restritivas a ponto de solapar o direito à propriedade pessoal e a liberdade de associação ou permissivas a ponto de cancelar contratos de renúncia a liberdades básicas. Por sua vez, a equitativa igualdade de oportunidades poderia se opor à validade de contratos relacionados a práticas discriminatórias – com a ressalva de que outras medidas, como o dever de contratar, poderiam ser mais apropriadas para combater certas práticas discriminatórias. Questões comumente cogitadas quando se trata da validade de contratos, como requisitos de informação, não coerção<sup>19</sup> e justiça contratual, não parecem suscetíveis de resposta com base nos princípios considerados aqui.

Outro problema com o argumento desta seção é que é duvidoso que o LI conte com recursos para se opor ao CC com base em considerações acerca das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades. Isso porque o respeito às liberdades básicas e à equitativa igualdade de oportunidades pode estar entre as consequências consideradas relevantes pelo CC no que atine às condições de validade contratual. É claro que, sob uma ótica consequencialista, não se trata de defender condições de validade contratual contrárias à violação das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades, mas condições de validade contratual sob as quais esses bens sejam maximizados. Para um consequencialista, portanto, uma decisão ou regra ratificando um contrato ofensivo a uma liberdade básica se mostrará acertada se (todo o restante sendo igual), por meio dela, ofensas às liberdades básicas forem minimizadas.<sup>20</sup> Essa interpretação consequencialista dos princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades pode ser vista com desconfiança por liberais igualitários, mas não está claro de que recursos dispõe uma

<sup>17</sup> À objeção de que a liberdade de associação é uma liberdade básica e, como tal, gozaria de prioridade sobre a equitativa igualdade de oportunidades, Freeman responde com afirmação do próprio Rawls de que a equitativa igualdade de oportunidades requer controle sobre as associações (Rawls, 1999, p. 243), bem como com passagens nas quais Rawls inclui a liberdade de ocupação entre as liberdades básicas (por exemplo, Rawls, 2005, p. 232).

<sup>18</sup> No sentido de que as implicações dos princípios das liberdades básicas e da equitativa igualdade de oportunidades para o direito contratual são modestas, ver Scheffler (2015, p. 224-225).

<sup>19</sup> Uma implicação não cogitada – talvez por ser demasiado óbvia – pelos intérpretes de Rawls é a de que contratos obtidos mediante violência tenham sua validade negada em respeito às liberdades básicas. Atos de violência incompatíveis com as liberdades básicas constituem, no entanto, apenas parte das circunstâncias com as quais uma teoria completa da coerção contratual tem que lidar.

<sup>20</sup> Para a posição de que a concepção de justiça de Rawls implica um consequencialismo em relação às liberdades básicas e outros bens, ver Pogge (1995). Para uma crítica, ver Freeman (2018, p. 313-314).

concepção de justiça como a de Rawls para se opor a ela.<sup>21</sup>

## Argumentos anticonsequencialistas (2): pluralismo

Pondo de parte os limites impostos pelas liberdades básicas e pela equitativa igualdade de oportunidades, um outro argumento pela incompatibilidade do LI com o CC apela para o pluralismo. De acordo com esse argumento, a razão pela qual requisitos de validade contratual não podem se subordinar inteiramente a algum princípio de justiça distributiva como o princípio da diferença é que esse distributivismo<sup>22</sup> é incompatível com certos valores próprios dos contratos, como os valores da promessa e da não coerção. Liberais igualitários, assim prossegue o argumento, reconhecem uma pluralidade de valores e, portanto, não podem compactuar, sem mais, com um desenho institucional no qual um único valor (da justiça distributiva) se imponha a todos os demais. O devido reconhecimento à pluralidade de valores envolvidos nos contratos implicaria, portanto, a rejeição ao CC.

A afirmação de que o LI é congruente com o pluralismo soa correta, mas convém esclarecer por que certos argumentos pluralistas não estão disponíveis para o LI (ou, ao menos, para uma particular versão dele) ou não bastam para refutar o CC. Primeiro, uma versão política de LI não pode afirmar o pluralismo com base em uma doutrina moral abrangente. Entre as características de concepções de justiça liberais políticas está, segundo Rawls, a independência, isto é, o fato de essas concepções não se basearem em nenhuma doutrina abrangente.<sup>23</sup> Logo, se a estratégia pluralista para rejeitar o CC envolver o apelo a alguma teoria metafísica sobre os valores (um exemplo de uma doutrina ao menos parcialmente abrangente), essa estratégia será incompatível com o LI (em uma versão política).

Tampouco é eficaz contra o CC a alegação de que a “restrição da estrutura básica” é justificada pelo pluralismo. Segundo Scheffler (2006, p. 106), a razão para que Rawls distinga os princípios reguladores das instituições sociais (a “estrutura básica da sociedade”<sup>24</sup>) e os princípios reguladores da conduta individual e das associações é *“to allow for the plurality of values and principles and to clarify the limited scope of Rawls’s project.”* Mesmo aceitando-se, no entanto, a interpretação de que o limite de objeto que Rawls impõe à justiça como equidade seja uma deferência ao pluralismo – à diversidade dos valores e princípios aplicáveis às instituições e ao comportamento individual – não é desse pluralismo que necessitamos para abandonar o CC. O problema dos requisitos para a validade de contratos é um problema institucional; logo, enquanto não for demonstrada a afinidade do LI com uma

<sup>21</sup> Para uma crítica à ideia de um “consequencialismo abrangente”, que incluía a realização de direitos entre os bens a serem maximizados, ver Freeman (2018, p. 476-482).

<sup>22</sup> O termo é de Scheffler (2015).

<sup>23</sup> Para a ideia de uma concepção política liberal independente (*freestanding*), ver Rawls (2005, p. 10). “Doutrina abrangente” é a denominação de Rawls para concepções normativas não adstritas ao âmbito político. Uma doutrina é completamente abrangente *“when it covers all recognized values and virtues within one rather precisely articulated scheme of thought”*, ao passo que uma doutrina parcialmente abrangente *“comprises certain (but not all) nonpolitical values and virtues and is rather loosely articulated”* (Rawls, 2005, p. 175).

<sup>24</sup> Rawls (1999, p. 6) define a estrutura básica da sociedade como *“the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation.”*

pluralidade de valores no espaço restrito das instituições, a relação entre LI e CC não terá sido refutada. Por exemplo, de nada adianta argumentar no sentido de que o LI reconhece ao mesmo tempo o valor da justiça distributiva como valor institucional e o valor da promessa como valor individual (isto é, próprio das relações interpessoais), porque um pluralismo constituído apenas por esses dois valores continuaria requerendo um direito contratual orientado exclusivamente pela justiça distributiva.

Um pluralismo adequado a se contrapor ao CC deve atender, em suma, a certas condições metodológicas e de objeto. Deve se tratar (ao menos para uma versão política de LI) de um pluralismo que evite se basear em alguma doutrina abrangente – um pluralismo, portanto, “independente”. Deve se tratar, também, de um pluralismo restrito ao âmbito institucional, cuja justificação não envolva o apelo a outros âmbitos da moralidade, como o das relações interpessoais.

As dificuldades da estratégia pluralista são referidas por Scheffler em um artigo recente sobre o *status* do direito privado na teoria da justiça rawlsiana (Scheffler, 2015). Scheffler rejeita duas soluções para o direito privado em Rawls: a primeira é afirmar que as instituições do direito privado são imunes às demandas da justiça como equidade (em outras palavras, que o direito privado não pertence à estrutura básica da sociedade), enquanto a segunda é o distributivismo. A terceira solução (o pluralismo) consiste em reconhecer que a justiça como equidade e seus dois princípios não exaurem as demandas da justiça aplicáveis às instituições da estrutura básica (Scheffler, 2015, p. 228-229):

Private law is not to be guided solely by the need to establish the basic liberties, satisfy the difference principle and provide equal opportunity. There are additional provisions that also have a role to play. [...] But the third answer leaves us with both an interpretive puzzle and an intellectual task. The interpretive puzzle is to figure out where in Rawls's scheme any remaining terms of cooperation might be located. Insofar as the principles of justice governing, say, contracts and torts go beyond the terms specified in his two principles of justice, where are they to be found, and what do they say?

Como Scheffler, considero a solução pluralista promissora, embora reconheça a dificuldade de conciliá-la com a estratégia argumentativa rawlsiana – a estratégia da posição original – para a seleção dos princípios de justiça.<sup>25</sup> Tratar mais pormenorizadamente dessa dificuldade está, contudo, além dos limites do presente artigo. A próxima seção lidará com um problema mais localizado do argumento pluralista contra o CC, que diz respeito aos requisitos substanciais de validade contratual.

---

<sup>25</sup> Para uma tentativa de solução (embora expressa em termos não estritamente rawlsianos), ver Shiffrin (2007). A autora argumenta no sentido de que o desenvolvimento moral dos cidadãos (um tema caro às partes na posição original de Rawls) é incompatível com que as práticas jurídicas negligenciem valores próprios às relações interpessoais como, no caso do direito contratual, o valor da promessa.

## O problema dos requisitos substanciais

Admitamos que o argumento do pluralismo tenha sucesso em desatrelar o LI do CC. Requisitos de validade contratual devem honrar, assim, outros valores que não apenas a justiça distributiva. Esses outros valores, ademais, implicam que parte, ao menos, dos requisitos de validade contratual seja determinada de maneira não consequencialista.

A questão a ser enfrentada nesta seção é se é aceitável para um liberal igualitário incluir entre os requisitos de validade contratual imunes a considerações consequencialistas requisitos substanciais. Esses requisitos, lembre-se, definem-se pela referência ao conteúdo do contrato (em contraposição ao modo ou às circunstâncias como o contrato é celebrado). Como já foram objeto de análise anteriormente, serão postos de lado a seguir requisitos substanciais relacionados às liberdades básicas (como o de que o contrato não envolva renúncia a uma dessas liberdades) e à equitativa igualdade de oportunidades (como o de que não haja cláusulas discriminatórias).

Pois bem, que requisitos quanto ao conteúdo (ou à “substância”) do contrato são condizentes com o LI? A proposta a considerar aqui, em sintonia com a doutrina contratual contemporânea, é a de que a “justiça contratual”, relacionada ao valor da “não exploração”, deva estar entre as condições para que um contrato seja válido. Como justiça contratual se entende aqui uma espécie de justiça transacional (isto é, limitada à transação), pela qual se requer (salvo quando uma das partes intente beneficiar a outra) que as vantagens e ônus de um contrato sejam repartidos equanimemente, de tal modo que, *ex ante*, ao menos (isto é, antes da verificação dos riscos a que o contrato se refere), nenhuma das partes se beneficie exageradamente.

Nos raros trabalhos em que a doutrina contratual é tratada sob perspectiva liberal igualitária, flerta-se, por vezes, com a ideia de um princípio de justiça contratual tal como o recém-descrito (Kordana e Tabachnick, 2005, p. 626-629; Klijsma, 2015, p. 85-86). O problema aqui é saber se requisitos substanciais de validade, como os que decorrem do princípio da justiça contratual, podem ser defendidos por liberais igualitários em termos não consequencialistas.<sup>26</sup>

Liberais igualitários interessados em um princípio de justiça contratual como princípio independente de considerações mais gerais de justiça distributiva se deparam com a seguinte dificuldade: qual é a base a partir da qual se dirá que um certo contrato é injusto, isto é, beneficia exageradamente uma das partes? Duas respostas não são de aceitar – e a dúvida é se há uma terceira que o seja.

A primeira resposta se baseia nos preços de reserva dos contratantes, isto é, no máximo que a parte estaria disposta a pagar (ou no mínimo que aceitaria, caso estivesse na posição de “vendedora”) pelo bem objeto do contrato. Um contrato é injusto, segundo o critério em

<sup>26</sup> Nenhum dos autores citados acima defende um princípio de justiça contratual independente. No caso de Kordana e Tabachnick, a justiça contratual é cogitada como condição de validade em termos claramente consequencialistas – segundo eles (Kordana e Tabachnick, 2005, p. 629), deve-se negar validade a contratos “desiguais” (*lopsided*) caso, “*all things considered*”, isso beneficie os cidadãos em pior situação. Klijsma (2015, p. 85-86), similarmente, afirma que medidas de proteção ao contratante mais fraco (como, por exemplo, no direito do trabalho) podem ser justificadas à base do princípio da diferença.

análise, se a diferença entre o preço a pagar e o preço de reserva (o “excedente contratual”) é muito maior para uma das partes do que para a outra. Suponha, por exemplo, que o preço de reserva de A (vendedor) pelo bem objeto do contrato seja 10 e que o preço de reserva de B (comprador) pelo mesmo bem seja 20. Haveria injustiça se o preço acertado no contrato entre A e B fosse, por exemplo, 11.

O critério do preço de reserva é inadequado. De acordo com esse critério, a vantagem de cada contratante é medida não pelo que o contrato propriamente lhe dá, mas pelo valor utilidade do contrato comparado ao da segunda melhor alternativa. Quanto pior for o valor utilidade da segunda melhor alternativa (em comparação com o valor utilidade de contratar), maior será o preço de reserva (no caso do comprador; o inverso, no caso do vendedor), porque o preço de reserva nada mais é do que o preço sob o qual o valor utilidade de contratar e da segunda melhor alternativa se igualam. Parece simplesmente arbitrário, no entanto, que um contrato seja ou não reputado injusto a depender da alternativa de que cada contratante dispõe. Mais ainda, o critério do preço de reserva tem, por vezes, o resultado contraintuitivo de concluir que o contratante “desesperado” (aquele cuja segunda melhor alternativa é muito ruim) explora a sua contraparte.<sup>27</sup>

Uma segunda resposta apela para o preço de mercado. De acordo com esse segundo critério, um contrato é justo – nenhuma das partes se beneficia exageradamente – se o preço estipulado é, aproximadamente, o de mercado. Se, ao contrário, o preço estipulado está consideravelmente além ou aquém do preço de mercado, há injustiça. Essa segunda resposta pode vir em diferentes versões, que variarão conforme o que se entenda como preço de mercado. Uma solução é considerar como preço de mercado o preço de mercado real, isto é, o preço que se costuma pagar pelo bem em questão. Outra é usar como referência o preço de um mercado ideal – por exemplo, um mercado perfeitamente competitivo.

A crítica feita abaixo ao critério do preço de mercado considerará o mercado em alguma versão idealizada – pela simples razão de que, se a crítica for bem-sucedida em relação a um mercado assim, ela fatalmente também o será se o preço de referência for o de um mercado real imperfeito. Wertheimer (1996) defende uma versão de justiça transacional baseada no preço de um mercado hipotético – no caso dele, um mercado competitivo. Wertheimer reconhece que falta ao preço de mercado – inclusive o de um mercado competitivo – certas características que o fariam moralmente atrativo. O preço de mercado não é sensível ao valor do bem (objetivamente falando), nem, tampouco, ao mérito das partes (Wertheimer, 1996, p. 231). Ainda assim, segundo ele, o preço de mercado é, em certo sentido, o preço justo.

Em parte, Wertheimer defende o critério do preço de mercado contra transações nas quais uma das partes se beneficia de defeitos na capacidade decisória ou de alguma outra “especial vulnerabilidade” da outra (Wertheimer, 1996, p. 232). Parte das razões para defender o preço de mercado como preço justo, porém, parece independer da situação das partes. Nesse caso, o preço de mercado é, propriamente, um requisito substancial.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Para uma crítica mais detalhada do critério do preço de reserva, ver Wertheimer (1996, p. 221-225).

<sup>28</sup> Aqui é necessária a ressalva de que a questão primordial com a qual Wertheimer se ocupa é a questão moral da exploração. Sua análise dos contratos exploratórios (em que uma das partes se beneficia injustamente da outra) não implica que esses contratos não devam ser juridicamente válidos.

Um primeiro argumento substancial em favor do preço de mercado se refere a sociedades injustas. Em sociedades cujas condições gerais ou “de fundo” (*background conditions*) são injustas, diz Wertheimer (1996, p. 234), é inaceitável remediar essas condições por meio de transações individuais.<sup>29</sup> Afinal, por que a parte de um contrato, ainda que beneficiada pela injustiça das condições de fundo, deveria responder sozinha por essas condições?<sup>30</sup>

Outro argumento tem em vista uma sociedade justa e é apresentado em termos rawlsianos. Segundo Wertheimer (1996, p. 234), as partes encarregadas de decidir sobre os princípios de justiça na posição original rawlsiana

will need principles to which they can appeal in micro-level transactions. [...] the parties will also understand that situations will arise in which there is no competitive market and will want to have principles to regulate their transactions in those contexts as well. Given the desire to settle on such a principle, parties in the original position may well settle on a hypothetical market price or something like it.

Os argumentos de Wertheimer ressaltam a necessidade de um princípio de justiça transacional, embora sejam menos claros quanto à justificação para o critério defendido – por que os preços de um mercado competitivo, ao invés dos preços de mercados reais ou de qualquer outro mercado ideal?<sup>31</sup> O que foi exposto até aqui já basta, no entanto, para entender a dificuldade de liberais igualitários para aceitar um critério de justiça transacional como o de Wertheimer como critério válido para o direito dos contratos. O problema começa com o fato de não haver, para o LI, nenhum mercado cujos resultados se justifiquem independentemente da justiça das condições de fundo sob as quais esse mercado tem lugar.<sup>32</sup> Qualquer que seja o apelo moral do preço de mercado para um liberal igualitário, portanto, tal apelo se sujeita à condição de conformidade à justiça das instituições que constituem o pano-de-fundo das relações de mercado.

Pois bem, ocorre que a questão em análise aqui é, ela mesma, uma questão institucional, porque estamos interessados em saber como o direito contratual deve definir os requisitos substanciais para a validade de contratos. Não há, portanto, nenhum mercado ao qual um liberal igualitário possa recorrer antes de responder à questão que nos ocupa, porque da resposta a essa questão depende, em parte, a definição das condições sob as quais os resultados do mercado são legítimos.

Consideremos agora o argumento de que, mesmo que falte ao preço de mercado um especial *status* moral, liberais igualitários deveriam endossar um princípio de justiça contratual no caso (não ideal) de sociedades injustas. Contratos injustos (que beneficiam exageradamente um dos contratantes) são, em certo sentido, contratos que alteram o *status quo* quanto à distribuição da riqueza. Em sociedades injustas, por definição, o *status quo*

<sup>29</sup> A ideia de que uma injusta distribuição da riqueza não deve ser corrigida por meio de transações particulares também tem um papel importante nos argumentos de Gordley (1981) sobre o preço justo. Ver Gordley (1981, p. 1.591-1.592).

<sup>30</sup> Se a injustiça das condições de fundo não dá razão a que contratantes em melhor situação sejam individualmente sacrificados, *a fortiori* deve-se rejeitar a exploração contratual se a parte que explora a outra não estiver entre os cidadãos favorecidos pela injustiça geral.

<sup>31</sup> Para argumentos sobre o preço de um mercado ideal competitivo como preço justo, ver Gordley (1981).

<sup>32</sup> Sobre esse ponto, ver Rawls (2005, p. 266).

distributivo deve ser alterado, mas essa alteração, assim prossegue o argumento, deve resultar de ações coordenadas pelo estado, e não de transações individuais fortuitas.

Esse argumento falha por duas razões. Ele falha, primeiro, ao partir da suposição, infundada, de que o direito contratual não deve ter um papel na transição de um estado de injustiça para um estado perfeitamente justo (ou para um estado de injustiça atenuada). É possível que razões de estratégia ou os limites a observar em um processo de transição, por si sós ou somados a particulares circunstâncias, recomendem reformas institucionais que não envolvam o direito contratual. Isso, porém, é algo a ser verificado, e não, sem mais, presumido.

Segundo, à medida que reformas institucionais em direção da justiça (ou mitigadoras da injustiça) envolvam o direito contratual, é errado encarar a questão da justiça contratual como uma questão que contrapõe melhoras planejadas na distribuição da riqueza e o efeito fortuito de operações contratuais isoladas. Que o direito contratual inclua *ou não* requisitos substanciais de validade é, em qualquer dos casos, uma decisão institucional. O problema é que, para o LI, à falta de uma razão para endossar a justiça contratual em si mesma, a decisão sobre o desenho do direito contratual quanto aos requisitos substanciais parece ser inevitavelmente uma decisão – em todo o caso parte de um plano de desenho institucional voltado à justiça – a tomar com base nas consequências.

Tratemos, por fim, do caso ideal. Contra o que afirma Wertheimer, não há nenhuma necessidade de que as partes na posição original de Rawls acordem sobre um princípio específico para os contratos, se por isso se entender um princípio a impor condições substanciais de validade contratual. Esse, aliás, é o problema que temos enfrentado aqui o tempo todo: uma vez que o acordo das partes na posição original envolva algum princípio de justiça distributiva (tal como Rawls argumenta), esse princípio mesmo é capaz de determinar, em termos consequencialistas, os requisitos de validade contratual – esses requisitos serão aqueles cujos resultados, em conjunto com os das demais instituições que compõem a estrutura básica, atendem ao princípio de justiça distributiva em questão. Pode haver, decerto, uma relação entre o construtivismo rawlsiano e uma justiça específica para as transações, mas essa relação não pode ser simplesmente presumida, e é posta seriamente em dúvida pelos argumentos desta seção.<sup>33</sup>

## Conclusão

Este artigo inquiriu sobre a relação entre liberalismo igualitário (LI) e consequencialismo contratual (CC). É compatível com o LI que os requisitos para a validade de contratos se submetam a critérios não consequencialistas?

A resposta do artigo é um tímido “sim”. Certos limites não consequencialistas ao poder de contratar validamente podem ser aceitos por liberais igualitários com base em princípios

<sup>33</sup> A teoria da justiça de Dworkin (2000) tampouco parece um ambiente propício a um princípio de justiça contratual. É verdade que, para Dworkin, o mercado é indispensável à igualdade, mas daí não segue que contratos cujo preço destoa do de mercado não devam ser cancelados. À medida que um contrato com preço exorbitante não sofre de nenhum vício procedimental, a decisão de realizá-lo e suas consequências devem ser tratadas como questão de sorte de opção (Dworkin, 2000, p. 73) e, como tais, não dão à parte vítima nenhum direito a alívio ou compensação.

como os das liberdades básicas e equitativa igualdade de oportunidades. Esses limites, porém, apesar de importantes, são periféricos: dizem respeito a uma parte diminuta das questões sobre a validade de contratos.

Uma estratégia aparentemente mais promissora para argumentar em favor de uma teoria dos contratos liberal igualitária e não consequencialista é a estratégia do pluralismo. Requisitos de validade não consequencialistas decorreriam, nesse caso, da atenção a outros valores que não a justiça distributiva. Há, porém, três ressalvas. Uma é que o apelo ao pluralismo não pode se basear em uma doutrina abrangente (não, ao menos, se quisermos ficar circunscritos a uma versão política de liberalismo). Outra é que o pluralismo em questão tem que ir além de justificar a estrutura básica como objeto da justiça (isto é, justificar as instituições, e não as ações individuais, como objeto da justiça), porque a questão dos requisitos de validade de contratos é, ela mesma, uma questão institucional. Outra, e última, é que o LI parece difícil de conciliar com uma versão de pluralismo que inclua o requisito substancial da justiça contratual entre os requisitos de validade de uma teoria contratual não consequencialista.

## Referências

- COLEMAN, Jules L. 1988. The structure of tort law. *Yale Law Journal*, **97**:1.233-1.254.
- DWORKIN, Ronald. 2000. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Belknap.
- FREEMAN, Samuel. 2018. *Liberalism and distributive justice*. Nova York, Oxford University, Edição Google Play.
- GHEAUS, Anca. 2018. Hikers in flip-flops: luck egalitarianism, democratic equality and the distribuenda of justice. *Journal of Applied Philosophy*, **35**(1):54-69.
- GORDLEY, James 1981. Equality in exchange. *California Law Review*, **69**(6):1.587-1.656.
- KLIJNSMA, Josse. 2015. Contract law as fairness. *Ratio Juris*, **28**(1):68-88.
- KORDANA, Kevin A; TABACHNICK, David H. 2005. Rawls and contract law. *George Washington Law Review*, **73**:598-632.
- \_\_\_\_\_. 2006. Taxation, the private law, and distributive justice. *Social Philosophy & Policy*, **23**(2):142-165.
- KRONMAN, Anthony T. 1980. Contract law and distributive justice. *Yale Law Journal*, **89**(2):472-511.
- POGGE, Thomas. 1995. Three problems with contractarian-consequentialist ways of assessing social institutions. *Social Philosophy and Policy*, **12**(2):241-266.
- RAWLS, John. 1999. *A theory of justice*. 2 ed. Cambridge, Belknap.
- \_\_\_\_\_. 2001. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Belknap.
- \_\_\_\_\_. 2005. *Political liberalism*. ed. ampl. Nova York, Columbia University.
- SCHEFFLER, Samuel. 2006. Is the basic structure basic? In: SYPNOWICH, C. (org.). *The egalitarian conscience: essays in honor of G. A. Cohen*. Nova York, Oxford University Press, p. 102-129.

\_\_\_\_\_. 2015. Distributive justice, the basic structure and the place of private law. *Oxford Journal of Legal Studies*, **35**(2):213-235.

SHIFFRIN, Seana Valentine. 2007. The divergence of contract and promise. *Harvard Law Review*, **120**:708-753.

WERTHEIMER, Alan. 1996. *Exploitation*. Princeton, Princeton University.

*Submetido: 26/12/2020*

*Aceito: 19/05/2025*