

**UFRRJ**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS (ICHS)**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**DISSERTAÇÃO**

**O LIMITE MORAL DOS CONTRATOS:  
POSSIBILIDADES E EMPECILHOS PARA TORNAR EQUITATIVOS OS  
CONTRATOS JURÍDICOS.**

**Rejane Smênia de Oliveira Saturnino Borges**

**2020**



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS (ICHS)**  
**DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**O LIMITE MORAL DOS CONTRATOS:  
POSSIBILIDADES E EMPECILHOS PARA TORNAR EQUITATIVOS OS  
CONTRATOS JURÍDICOS.**

**REJANE SMÊNIA DE OLIVEIRA SATURNINO BORGES**

Sob a orientação do Professor Dr.

**Walter Valdevino Oliveira Silva**

Dissertação submetido como requisito parcial para a obtenção do grau de **Mestre em Filosofia**, no Curso de Pós-Graduação em Filosofia área de concentração Filosofia.

Seropédica, RJ

Agosto de 2020

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**REJANE SMÊNIA DE OLIVEIRA SATURNINO BORGES**

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de MESTRE EM FILOSOFIA no programa de Pós-Graduação em Filosofia – Curso de MESTRADO, área de Concentração: Filosofia.

DISSERTAÇÃO APROVADA EM 25/08/2020

---

Walter Valdevino Oliveira Silva. Doutor (UFRRJ)

---

Marcos Fanton. Doutor (UFMS)

---

Leandro Pinheiro Chevitaresh. Doutor (UFRRJ)

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Biblioteca Central / Seção de Processamento Técnico

Ficha catalográfica elaborada  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B7321 Borges, Rejane Smênia de Oliveira Saturnino, 1978-  
O LIMITE MORAL DOS CONTRATOS: POSSIBILIDADES E  
EMPECILHOS PARA TORNAR EQUITATIVOS OS CONTRATOS  
JURÍDICOS / Rejane Smênia de Oliveira Saturnino  
Borges. - Rio de Janeiro, 2020.  
98 f.

Orientador: Walter Valdevino Oliveira Silva.  
Dissertação(Mestrado). -- Universidade Federal Rural  
do Rio de Janeiro, Programa de Pós Graduação em  
Filosofia, 2020.

1. Filosofia. 2. Ética. 3. Contratos. 4. Equidade.  
5. Direito. I. Valdevino Oliveira Silva, Walter ,  
1980-, orient. II Universidade Federal Rural do Rio  
de Janeiro. Programa de Pós Graduação em Filosofia III.  
Titulo.

*Dedico esse trabalho em memória de minha mãe Idalina Laura de Oliveira Saturnino Borges, á mãe do meu marido, Dilza Alves de Souza, e aos meus amados filhos Lucas Oliveira de Souza e Livia Oliveira de Souza aos quais eu daria minha vida.*

## AGRADECIMENTO

“O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001”

“This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) - Finance Code 001”

Algumas pessoas foram fundamentais para a realização desse trabalho e sem as quais não teria conseguido finalizar uma parte do meu projeto de crescimento pessoal e acadêmico, todas elas têm de mim especial apreço e minha profunda gratidão.

Ao meu orientador Walter Valdevino Oliveira Silva que me dedicou especial apoio e me enriquece semanalmente com textos e reflexões em torno dos assuntos sobre política, filosofia e justiça os quais leio de forma prazerosa, revelando especial delicadeza no trato e atenção aos escritos que trocávamos, sempre com conselhos e sugestões que foram determinantes para o resultado alcançado.

Ao meu marido Marco Andre Alves de Souza sempre amável e dedicado, compartilhando tarefas da família e como um bom professor universitário sempre trazia contribuições com longas discussões e sua companhia nas madrugadas enquanto eu redigia os escritos para essa dissertação e o maior incentivador desse projeto. Aos meus filhos Lucas e Livia que demonstraram amor e paciência mesmo quando eu não podia dar atenção, com seu companheirismo na simples presença silenciosa ao meu lado ou em um beijo quando diziam: “é para te dar força mãe”. Amo minha família com todo o meu amor.

Aos professores aos quais tive o prazer de assistir as aulas ministradas no mestrado, em especial ao professor Leandro Pinheiro Chevitarese e Francisco José dias de Moraes que muito me ajudaram e buscaram desenvolver meu raciocínio na filosofia, meu muito obrigada.

Aos colegas do mestrado que não citarei para não ser injusta com ninguém visto que todos foram especiais ao seu jeito, por compartilharem conhecimento, risadas e pelos longos debates filosóficos, cada um deixou um pedacinho de si em mim para sempre.

Às minhas colegas advogadas, parceiras de escritório, que tiveram muita paciência nos dias mais atarefados, obrigada pelo apoio.

As minhas irmãs Maria Rosana de Oliveira Saturnino Borges e Ylka de Oliveira Saturnino Borges, e minha melhor amiga Stella Nascimento Borba dos Santos, sempre companheiras e estimuladoras de meu progresso acadêmico, aguentando os choros e reclamações, amo vocês.

E a essa força maior e desconhecida que impulsiona as almas sempre em busca de crescimento.

## RESUMO

BORGES, Rejane Smênia de Oliveira Saturnino. **O limite moral dos contratos: possibilidades e empecilhos para tornar equitativos os contratos jurídicos**. 2019. xxp Dissertação (Mestrado em Filosofia). Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2019.

A presente dissertação tem como objetivo realizar uma análise crítico-filosófica sobre as questões morais contidas nas relações contratuais no âmbito do Direito partindo do conceito de equidade, posição original e véu da ignorância trazidos por John Rawls em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, para posteriormente fazer uma análise aos questionamentos feitos por Michel Sandel em seu livro *Justiça - O que é fazer a coisa certa*, que discorre sobre acordos feitos em sociedade a partir dos conceitos de Rawls. A discussão em questão contém dados estatísticos de demandas judiciais no tema, e nesse viés vislumbra-se no Direito uma necessidade de investigar, através da Filosofia, as questões éticas e morais contidas nos contratos, que vêm trazendo onerosidade e asoerbamento à justiça e têm demonstrado que os contratos atualmente não mais se prestam ao serviço aos quais inicialmente se destinavam.

**Palavras-chave:** Filosofia, Ética, Contratos, Equidade, Direito.

## ABSTRACT

BORGES, Rejane Smênia de Oliveira Saturnino. The moral limit of contracts: possibilities and obstacles to making legal contracts fair. 2019. Xxp. Dissertation (Master in Philosophy). Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Curso de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2019.

**This dissertation aims to perform a critical-philosophical analysis on the moral issues contained in contractual relations within the Law starting from the concept of equity, original position and veil of ignorance brought by John Rawls in his great work *A Theory of Justice*, and then analyze Michel Sandel's questions in his book *Justice - What is to do the right thing*, which deals with agreements made in society based on Rawls' concepts. The discussion in question contains statistical data of judicial demands on the subject, and in this bias one sees in the Law a need to investigate, through philosophy and political science, the ethical and moral issues contained in the contracts, which have been burdening and overwhelming the Justice System and have now shown that the contracts no longer render themselves the service to which they were originally intended for.**

**Keywords:** Philosophy. Ethic. Contracts. Equity, Law.

# Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I. A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS</b> .....	6
<b>1.1 Justiça: equidade, princípios para a estrutura básica da sociedade e a posição original</b> .....	6
1.1.1 A equidade de Rawls e as teorias do Utilitarismo e Intuicionismo .....	6
1.1.2 Os princípios para a estrutura básica da sociedade .....	12
1.1.3 A posição original .....	15
<b>1.2 Sobre a Sociedade e as Instituições</b> .....	17
1.2.1 Liberdade e tolerância .....	17
1.2.2 Justiça distributiva e justiça entre gerações.....	22
1.2.3 Os princípios do dever natural, a estabilização da cooperação social, desobediência civil e a objeção de consciência.....	23
<b>1.3 O bem como racionalidade</b> .....	26
1.3.1 Necessidade de uma teoria do Bem, o princípio aristotélico, o justo e o bem.....	26
1.3.2 O senso de justiça e a sociedade bem ordenada. ....	31
1.3.3 Autonomia e objetividade, prazer como método de escolha dos fins e a definição do bem. ....	34
<b>CAPÍTULO II. A QUESTÃO DOS CONTRATOS</b> .....	39
<b>2.1. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e as estatísticas sobre processos relativos ao tema contratos</b> .....	39
<b>2.2. O contrato na sociedade e sua legalidade</b> .....	48
<b>CAPÍTULO III. UM PARALELO ENTRE OBRIGAÇÕES LEGAIS DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E A MORALIDADE.</b> .....	56
<b>3.1. Questionamentos sobre a teoria da justiça de Rawls</b> .....	56
3.1.1 A questão da equidade nos contratos em Michael Sandel .....	56
3.1.2 Os princípios de justiça na visão de Sandel.....	61
3.1.3 Livre mercado ou liberdade para abusar? .....	62
3.1.4 O justo e o útil.....	68
3.1.5 Sobre a república procedimental e o eu esvaziado. ....	69
3.1.6 A república procedimental .....	73
3.1.7 O presente dilema da América .....	74
<b>CONCLUSÃO</b> .....	76
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	87

## INTRODUÇÃO

Muito se pensou, ao longo da história das sociedades, sobre formas de estabelecer, explicar e organizar as relações sociais e a justiça. Cada teoria da justiça provém de uma determinada formação social, política e ideológica, e as teorias são muitas. Essas teorias não só colocam em causa o problema histórico da origem da sociedade, da justiça e do poder, mas antes o problema jurídico do seu fundamento e da sua legitimidade, e do Direito como instituição jurídica.

Fazer valer o papel moral de um acordo real parece ser impossível, apesar de o filósofo norte-americano John Rawls (1921-2002) dar margem à interpretação de que é possível se chegar a acordos através da aplicação de determinados procedimentos padrões para todos. Apesar de grandiosas essas teorias, do ponto de vista prático percebe-se a necessidade de aplicá-las antes de tudo nas pequenas relações diariamente estabelecidas, posto que o exercício político se dá não somente em âmbito macro, mas também nas relações diárias entre cidadãos. Sendo assim, um meio importante para a aplicabilidade das regras pensadas para o grande grupo pode vir a esclarecer melhor as falhas existentes nas teorias contratualistas. Então, qual é o limite moral dos contratos e quais são as possibilidades e empecilhos para tornar equitativos os contratos jurídicos?

Este estudo teve como foco central a discussão sobre a justiça e a equidade nos contratos, considerando os contratos interpessoais como fonte de declaração da livre vontade. O contrato é um acordo entre duas ou mais vontades na conformidade da ordem jurídica, ordem que estabelece uma regulamentação de interesses entre as partes, mas talvez haja algo além do bem patrimonial a ser levado em conta. Os contratos estão submetidos a vários princípios fundamentais e o mais importante deles está normatizado, apesar de não estar delimitado claramente.

O judiciário tem recebido grande quantidade de ações a respeito de regras de contratos que tem obrigado consumidores de produtos e serviços a se submeterem a condições abusivas, de caráter ganancioso e extorsivo. Isso onera em demasia o poder judiciário, que acaba tendo de discutir muitas vezes o mesmo tema.

A existência de um acordo não significa que ele seja justo, pois mesmo sendo os contratos atos voluntários, com frequência, as partes envolvidas demonstram poder de barganha desigual para discutir os termos justos do contrato e para avaliar o valor de certos serviços. Isso tem sido um problema nas relações sociais.

As mudanças do *Código Civil*, em 2002, no Brasil, demonstraram uma inclinação em combater atividades abusivas que causam danos à parte contrária ou a terceiros. No código anteriormente revogado, a *pacta sunt servanda* era a lei, já hoje procura-se atentar a questões éticas que circundam o tema. Nos acordos feitos entre as pessoas, o que tem maior peso? O consentimento, a regra (ou lei) ou o benefício social mútuo?

É possível que contratos menores estejam contidos em contratos maiores como leis e normas, mas tais leis talvez apresentem inclinação para proteger apenas uma das partes e não ambas. Bases justas podem dar parâmetros melhores para a tomada de decisões no caso da ocorrência de conflitos, portanto, há uma necessidade intrínseca nas relações contratuais de determinar uma compreensão da vida moral e questionar a equidade dos acordos feitos na vida contemporânea. Limitar o consentimento das partes contratantes, por exemplo, seria um meio de corrigir as desigualdades para alcançar a equidade nas relações, tornando o contrato mais justo, porém, em tese, retiraria a liberdade do cidadão de decidir por si.

Desse modo, a sociedade se depara com um conflito nas relações cotidianas, já abertamente debatido por pensadores clássicos e contemporâneos. “Para compreendermos a força moral do contrato hipotético de Rawls, é proveitoso observar os limites morais dos contratos reais”<sup>1</sup> observa o também filósofo norte-americano Michael Sandel (1953).

Este trabalho pretende debater possíveis questões morais intrínsecas nas relações contratuais. Para tanto, será tomado como ponto de referência inicial, o experimento mental proposto por Rawls que nos coloca em uma situação inicial que contém certas restrições, chamada de *posição original*. Essa posição corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social, a partir da qual os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Além disso, tentou-se demonstrar que talvez não seja possível dar limites morais às relações contratuais, considerando que a lei como regra é incapaz sozinha de ser justa e equitativa.

No primeiro capítulo, foi feito um apanhado geral da obra *Uma Teoria de Justiça*, de John Rawls, que em sua primeira parte disserta sobre o que seria a equidade em sua concepção e também para a teorias utilitarista e para o intuicionismo, em seguida foi descrito o panorama dos princípios para a estrutura básica da sociedade e com base nessas estruturas inseriu-se o procedimento da posição original. Já na segunda parte o foco foi sobre a sociedade e suas instituições, os debates sobre liberdade e tolerância, justiça distributiva e a justiça entre

---

<sup>1</sup> Sandel, Michel J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*; p. 179.

gerações, princípios do dever natural, estabilização da cooperação social bem como sobre desobediência civil e objeção de consciência, abordando o maior conteúdo possível desses aspectos do comportamento social. Já na terceira parte tratou-se do bem como racionalidade, contextualizando o bem como racionalidade com base na discussão de haver ou não uma necessidade de uma teoria do bem, passando pelo princípio aristotélico e sobre os conceitos do que venha a ser o justo e o bem.

No segundo capítulo, foram disponibilizados dados estatísticos sobre as demandas judiciais em torno do tema contratos e sua premente necessidade de discussão por intermédio do judiciário, além de uma breve trajetória das normas que formatam os contratos até os dias de hoje no Brasil. Os dados relatados, evidenciaram que a Justiça Estadual do Rio de Janeiro, onde o tema “contratos” é discutido, foi responsável em média por 56% da despesa do judiciário do país, na análise dos anos em comento. Essas evidências sugerem uma possível relação entre o tema mais recorrente, contratos no âmbito do Direito Civil, com o elevado prejuízo que os tribunais estaduais auferiram nestes últimos três anos. A recorrência desse tema possivelmente também tem relação com a morosidade da justiça, pelo assoberbamento da discussão da matéria. Tal oneração impacta sobre as despesas em geral.

Se, por um lado, existe a questão orçamentária envolvida, outro ponto não menos importante e que diz respeito aos supracitados dados estatísticos que provocam certa reflexão de que algo pode não estar funcionando de modo eficaz, de modo a garantir que as relações funcionem de forma justa e equitativa às partes do contrato, ou seja, a função social que o contrato deve garantir. Além de expor com mais profundidade aspectos do contrato na sociedade e a legislação que embasa os contratos como uma ferramenta de relação em sociedade.

Já no terceiro capítulo, foi traçado um paralelo entre as obrigações legais das relações contratuais e a moralidade, entre as críticas de Michael J. Sandel, em sua obra *Justiça - O que é fazer a coisa certa*, capítulos 5 e 6 e a obra citada de Rawls, onde Sandel faz questionamentos sobre a teoria de Rawls, abordando a questão da equidade nos contratos, sua visão sobre os princípios de justiça, a linha de raciocínio com base nos princípios de Kant os quais tiveram grande influência em Rawls, o paradoxo entre o livre mercado e o abuso em momentos de caos e emergência, perpassando por questionamentos sobre o que seja o justo e o útil, até chegar ao artigo sobre a república procedimental escrito por Michel Sandel, momento em que expõe o dilema da América na atualidade.

Ao final, fez-se um paralelo entre as questões contratuais atuais trazendo a aplicação da teoria rawlsiana para os contratos interpessoais tendo como base as críticas de Sandel para a discussão sobre a justiça e a equidade nos contratuais. Os dados estatísticos coletados e o vislumbre da ocorrência insistente da discussão sobre contratos na justiça evidenciaram a necessidade de manter viva a discussão e os questionamentos sobre o contrato como ferramenta jurídica de uso frequente, porém de eficácia questionável, posto que não se vislumbra a equidade necessárias para o pacífico ajuste das partes. As leis, que determinam os limites da ação humana no uso dessa ferramenta (o contrato), tem em seu corpo questões éticas ainda não definidas e que impedem que tais leis sejam aplicadas de objetiva, deixando a cargo do subjetivismo do julgador determinar o fundamento delas, a definição dessas questões éticas de forma particular pode acabar sendo exclusivista e excludente. Hoje pensa-se que faltam leis que possam preservar o direito das partes e garantir o cumprimento dos contratos, mas não parece ser essa a visão correta sobre o assunto.

Fazer valer o papel moral de um acordo real parece ser impossível, apesar de Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, argumentar que a maneira pela qual podemos entender a justiça seria perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma “situação inicial de igualdade” com um “véu de ignorância” sobre nossa posição atual na sociedade.

Rawls diz que muitas coisas são justas e injustas, dentre elas as leis, as instituições, os sistemas sociais, mas também outros tipos de atividades. A discordância acerca de quais princípios devem definir as condições da associação advém de que os indivíduos vêm de várias posições sociais, nascem em condições diferentes, têm expectativas diferentes de vida, que são determinadas em parte pelo sistema político, em parte pelas circunstâncias econômicas e sociais.

Investigar a impossibilidade de o contrato deixar de ser um tipo de relação exploratória parece mesmo um desafio a se enfrentar, considerando que esta relação, com frequência, é vista como predatória, e que talvez mereça uma reflexão mais profunda pelos impactos econômicos e sociais que a inobservância dos preceitos morais tem provocado na sociedade contemporânea. Necessário seria buscar as razões para que as partes do contrato ajam com base em certas condutas. Seriam razões estas suficientes para sobrepujar a satisfação dos próprios desejos.

O objetivo geral deste trabalho envolveu investigar a possibilidade de o contrato deixar de ser um tipo de relação exploratória, através do debate de possíveis questões morais intrínsecas nas relações contratuais.

O objetivo específico desse trabalho foi responder ao questionamento sobre a impossibilidade de se estabelecer princípios morais para a formação e manutenção dos contratos. Observando a repetitiva discussão do tema no judiciário, tais decisões judiciais buscam tornar mais equitativos os termos desse contrato ainda em sua execução pela falta da observância de questões morais intrínsecas nessas relações contratuais. Cobia nesse objetivo observar a existência de limites morais nas normas. O que foi claramente observado é que seria necessário definir as questões morais antes mesmo de traçar os limites por intermédio das leis, dando a elas base para a sua aplicabilidade.

Espera-se, com este projeto, responder ao questionamento sobre a impossibilidade de se estabelecer princípios morais para a formação e manutenção dos contratos de forma exclusiva através das leis.

## CAPÍTULO I. A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

### 1.1 Justiça: equidade, princípios para a estrutura básica da sociedade e a posição original

#### 1.1.1 A equidade de Rawls e as teorias do Utilitarismo e Intuicionismo

John Rawls (1921–2002), em sua obra *Justiça como Equidade*, define os princípios da justiça.<sup>2</sup> Nela, tenta generalizar e elevar ao nível máximo de abstração o conceito de contrato social. Esse contrato é substituído por uma situação hipotética inicial pautada por restrições de conduta que conduzirão a um acordo sobre os princípios da justiça. A teoria é fortemente kantiana:

São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidoras das condições fundamentais de sua associação.<sup>3</sup>

O objetivo de Rawls é elaborar uma teoria de justiça social que se contraponha ao modelo de justiça utilitarista, através da pergunta: com quais princípios concordaríamos em uma posição original de equidade?

Na visão de Rawls, cada pessoa possui uma inviolabilidade fundamentada na justiça que nem mesmo o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Sendo as instituições sociais estruturas básicas da sociedade, elas distribuem direitos e deveres fundamentais, determinando, assim, a distribuição das vantagens decorrentes da cooperação social.

Partindo da ideia de que a sociedade seja um empreendimento cooperativo que visa o benefício mútuo, existe, portanto, uma influência de uns sobre os outros todo o tempo, e como em toda sociedade encontraremos identidade e conflito de interesses, uma concepção pública de justiça tende a ajudar a definir a distribuição de benefícios e encargos da cooperação social.

Para que seja possível atingir minimamente um patamar de equidade entre os membros desse sistema de cooperação social, de modo que no futuro os resultados de seus empreendimentos individuais não se demonstrem em enorme desnível e que não advenham de

---

<sup>2</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões; revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

<sup>3</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, pp. 13-14.

problemas contingentes, faz-se necessário entender as diferenças de base para saber como nivelá-las.

A existência de estruturas sociais diferentes pode favorecer alguns pontos de partida mais que outros e geram desigualdades profundas. É sobre essas desigualdades supostamente inerentes a uma sociedade que os princípios de justiça social precisam ser aplicados:

Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade (...) A estrutura básica é o principal objeto da justiça porque suas consequências são profundas e estão presentes desde o início. Aqui a ideia intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros, essas são desigualdades muito profundas (...) [que] atingem oportunidades iniciais de vida.<sup>4</sup>

Na teoria da justiça como equidade, Rawls concebe um contrato social norteado por princípios de justiça que pessoas livres e racionais aceitariam em uma posição inicial de igualdade. Esses princípios determinarão todos os acordos subsequentes em relação às instituições da estrutura básica da sociedade. Essa posição de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional contratualista, entendida como uma situação puramente hipotética, na qual ninguém conhece sua posição na sociedade ou classe social, habilidades, inteligência ou concepções de bem.

As decisões, então, estão sob um véu de ignorância que vai garantir que desejos e concepções individuais não tenham influência nos princípios adotados, podendo assim garantir que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios. Como todos estão em condições semelhantes em relação aos princípios ali escolhidos, o resultado será um acordo equitativo no sentido de garantir direitos e deveres básicos, gerando princípios de liberdade e equidade: “[a]firmei que a posição original é o status quo inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos. Esse fato gera a expressão “justiça como equidade”.<sup>5</sup>

A experiência do véu da ignorância pretende propor a seguinte situação: seria como se um indivíduo acabasse de ter sido criado carecendo de informações sobre si mesmo, e estivesse

---

<sup>4</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, Capítulo I, § 2, pp. 8-9.

<sup>5</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, Capítulo I, §3, p. 21.

aguardando um sorteio que definiria todo contexto da sua vida. Sem saber a família na qual vai nascer; se vai ou não conhecer seus pais; se esses são separados ou não; se nasceu em uma família rica, média, pobre ou miserável; não sabe ainda qual cor de cabelo ou olhos receberá; não sabe qual será a cor da sua pele; não sabe a religião que professam seus pais; não sabe se sua orientação sexual é aceita ou não na sociedade; não sabe se seria minoria ou se teria as qualidades aceitas pela maioria. Diante das inúmeras possibilidades, tendo a mesma probabilidade de estar em cada uma delas, ou seja, diante de uma situação da qual não tem o menor controle, quais seriam os princípios de justiça que essa pessoa escolheria para essa sociedade em que será inserido? Essa situação é a posição original.

A finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas morais. Essa experiência de esquecimento de sua situação própria individual afastaria a possibilidade de se retirar direitos fundamentais dos indivíduos pelo simples fato de esses indivíduos serem membros de uma minoria, e faz com que a pessoa que se reveste desse “véu do esquecimento” pense no que ela gostaria para si se houvesse uma possibilidade de que ela estivesse em tais condições.

Na teoria da justiça, os principais princípios a serem respeitados são o princípio de liberdade igual (que determina liberdades fundamentais, básicas, iguais para todos) e o princípio da diferença (que distribui o produto da cooperação social de que modo que a riqueza dos mais favorecidos seja limitada para não prejudicar a situação dos mais desfavorecidos), levando em conta que o “mérito” normalmente advém de algo contingente:

Pode ser conveniente, mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar. Porém não há injustiça nos benefícios maiores recebidos por uns poucos, contanto que, com isso, melhore a situação das pessoas não tão afortunadas.<sup>6</sup>

Além da teoria utilitarista analisada e contraposta nessa obra, outra teoria analisada é o intuicionismo. A Justiça como Equidade consiste em duas partes: a situação inicial com escolhas provindas dela, e o conjunto de princípios que seriam acordados para a vida em sociedade.

---

<sup>6</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. I, §3, p. 18.

Portanto, Rawls afirma que não optaríamos pelo utilitarismo se pertencêssemos a uma minoria<sup>7</sup> étnica ou religiosa, pois não gostaríamos de ser oprimidos, ainda que isso fizesse mais feliz uma maioria.

Quanto ao utilitarismo, seus representantes mais eminentes foram Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873) e Henry Sidgwick (1838-1900). A doutrina em questão faz parte de uma corrente da ética consequencialista voltada à liberdade de decisão e que visa a felicidade e/ou ao bem-estar do maior número de pessoas possível. Nessa teoria, segundo Rawls, se radicalizarmos os argumentos, existe o risco de que as liberdades e direitos fundamentais tornem-se relativos, podendo vir a serem retirados do cidadão a qualquer momento, bastando para isso que um número maior de cidadãos seja beneficiado. Por esse raciocínio, a sociedade estaria bem ordenada quando suas instituições elevam ao máximo o saldo líquido das satisfações. Essa concepção do bem-estar individual se estenderia ao grupo, passando a ser considerada justiça social.

A teoria utilitarista aqui descrita segue o entendimento de Sidgwick<sup>8</sup> que nele possui uma formulação mais clara e acessível.<sup>9</sup> Nela, a definição de bem independe da definição de justo, e propõe que o justo seria elevar o bem ao máximo, permitindo julgar o bem sem remissão ao que seja justo. Como falta a essa teoria uma definição independente do bem, só se pode entender, aqui, o bem como a satisfação dos desejos racionais.<sup>10</sup>

No utilitarismo, o que parece importar é a satisfação máxima por meios adequados, segundo consta na obra de J. S. Mill<sup>11</sup> citada por Rawls. Mill afirma que certos preceitos comuns de justiça precisam ser respeitados (os de proteção às liberdades, por exemplo), porém, abre a possibilidade de afastar-se deles em circunstâncias excepcionais quando se quer elevar ao máximo a soma das vantagens.<sup>12</sup>

Tal exceção autorizada por Mill pode vir a ferir direitos individuais invioláveis. Aqui, as liberdades fundamentais são relativas na medida em que os ganhos maiores de alguns podem compensar as perdas menores de outros, ou, o que é mais preocupante, que a violação da

---

<sup>7</sup> Cabe aqui esclarecer que nem sempre o termo “minoría” se refere ao quantitativo de pessoas inseridas em um determinado grupo. Na maior parte das vezes, esse termo indica que tal grupo não possui direitos de forma equitativa, não possuindo força suficiente para impor a aceitação de sua condição em sociedade.

<sup>8</sup> Obra de Henry Sidgwick usada por Rawls como referência: *The Methods of Ethics*, 7ª. Ed. (Londres, 1907).

<sup>9</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. I, §5, p. 18.

<sup>10</sup> Rawls, nesse ponto, adota a definição de teorias teleológicas de W. K. Frankena em *Ethics* (Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, Inc., 1963).

<sup>11</sup> *Utilitarismo*, cap. V, os dois parágrafos finais [trad. bras. *A liberdade/Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000].

<sup>12</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. I, §5, p. 32.

liberdade de poucos possa ser justificada pelo bem maior compartilhado por muitos. O limite para a inclinação humana à injustiça ganha ares de possibilidade, permitindo atos socialmente ofensivos para alcançar certas finalidades.

A justiça social, na teoria da justiça de Rawls, nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros, equilibrando ganhos e perdas como se todos fosse uma só pessoa. Direitos fundamentais não são negociáveis.

A ética kantiana (Immanuel Kant, 1724-1804) difere da ética do utilitarismo nos julgamentos das ações demonstradas em seu imperativo categórico.<sup>13</sup> Pelas normas do imperativo categórico, não basta apenas a conformidade externa com a lei moral. Tal ação não pode se sujeitar a interesses egoístas, e precisa realizar-se não apenas conforme o dever, mas também por dever, não podendo haver, por exemplo, intercâmbio entre as liberdades fundamentais e ganhos econômicos. Kant acredita que seres humanos, como racionais e autônomos, não podem ser tratados como objetos ou meios, como se observa na teoria utilitarista.

A teoria de Rawls é fortemente kantiana, pois crê que só se pode pensar em termos utilitaristas após atingidos os princípios de liberdade e de justa igualdade de oportunidades:

No utilitarismo, pela crítica rawlsiana, encontraríamos a figura do “observador imparcial”, que substitui toda a sociedade na figura de uma só “pessoa” que decide por todos. Assim, o Estado definiria o que é melhor para o indivíduo (o Estado saberia mais que o próprio indivíduo o que seria bom para cada um), que perderia seu poder de decisão parcialmente.

Rawls crê que a racionalidade, aplicada de modo adequado, necessariamente leva a valores políticos “superiores” que devem ser aceitos por todos, gerando igualdade e uma comunidade política baseada em deveres racionais. Assim, o exercício dessa autonomia é atrelado a tal dever, resultando em valores políticos que serão formulados e aceitos por todos e não representados por um único indivíduo.

Assim, na justiça como equidade, ao contrário do utilitarismo, existe uma inviolabilidade fundamentada na justiça que nega uma perda da liberdade para alguns que justifique um bem maior partilhado.

Outra diferença é que, apesar de o utilitarismo estender o princípio de escolha para toda a sociedade na pessoa de um único indivíduo, a justiça como equidade, por ser contratualista, supõe que os princípios de justiça são o objeto do acordo original.

---

<sup>13</sup> Kant, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Edições e publicações Brasil Editora S.A., 1959.

Por último, o utilitarismo é uma teoria teleológica, e, portanto, define que o que é correto vai ser definido a partir das consequências que uma dada ação produz. O que é correto dependerá do bem a ser alcançado (daí o consequencialismo); enquanto a justiça como equidade é uma teoria deontológica na medida em que algo é bom em si mesmo, desprezando as consequências que dele resultem, priorizando deveres e obrigações. Para Kant, agir por dever é a maneira de dar à ação valor moral.

Já o intuicionismo tem como critério único a intuição, e prevê uma pluralidade de princípios básicos que podem divergir e apontar direções contrárias concorrendo entre si, além de não ter nenhum método para avaliar e comparar os princípios, o que expressa a necessidade de atingir o equilíbrio por meio das capacidades intuitivas, sem dispor de critérios orientados e éticos.<sup>14</sup>

O intuicionismo faz parte do contexto pluralista democrático, e as opiniões cotidianas são uma forma de pluralismo. Tal doutrina não parece irracional, pois diante de uma questão a ser resolvida, levar-se-á em consideração muitos critérios e não apenas um deles. No entanto, tal ponderação costuma sofrer influência do poder e dos interesses diferentes que podem levar a dar ênfase a critérios que favoreçam tais ou quais objetivos. O intuicionismo se acomoda na negativa de que exista uma solução explícita para o problema da prioridade dos princípios.

Contudo, Rawls não defende que se deva eliminar completamente os juízos intuitivos, apenas defende que eles sejam deixados de lado quando da escolha dos princípios de justiça para as instituições básicas de sociedades democráticas.

O problema da prioridade na teoria intuicionista se dá por não ser possível saber até que ponto nossos juízos ponderados podem oferecer uma interpretação sobre o que é justo ou injusto. Nessa situação, John Stuart Mill e Henry Sidgwick<sup>15</sup> defendem que, quando as pessoas se encontram em choque de preceitos ou de ideias vagas e imprecisas, não existe outra alternativa que não adotar o utilitarismo.

Acredita-se que qualquer concepção de justiça deverá, até certo ponto, confiar na intuição, mas na justiça como equidade o papel da intuição é limitado de várias maneiras, começando com o fato de que os princípios de justiça são escolhidos na posição original resultantes de uma determinada situação de escolha e da atribuição da importância dada aos princípios na tentativa de equilibrá-los. A posição original seria uma solução aproximada para

---

<sup>14</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. I, §7 – O intuicionismo.

<sup>15</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. I, § 8, p. 50, ver nota de rodapé 22.

o problema da prioridade, pois, a partir dela, é possível perceber que certas regras de prioridade são preferíveis a outras: “[n]a doutrina contratualista, os fatos morais são definidos pelos princípios que seriam escolhidos na posição original”.<sup>16</sup>

Rawls também discorre sobre a natureza da teoria moral através do conceito de juízo ponderado em equilíbrio reflexivo. A teoria moral seria a tentativa de descrever a capacidade moral das pessoas, e, no caso da teoria da justiça, uma descrição do nosso senso de justiça.

Sendo assim, juízos ponderados são os juízos nos quais é mais provável que as capacidades morais dos indivíduos se manifestem sem distorções. Ao decidir quais juízos levar em conta, pode-se excluir uns e levar em conta outros. Alguns juízos poderão ser emitidos em meio à irritação e ao nervosismo, ou, em momentos em que se esteja disposto a ganhar a qualquer preço, ou mesmo em situação de medo ou hesitação. Tais juízos podem ser excluídos e substituídos por outros emitidos em situações diversas. É possível que esses juízos emitidos em tais situações descritas estejam em erro, ou influenciados por nossos interesses.

É necessário que os princípios de justiça escolhidos na posição original sejam idênticos àqueles que são compatíveis com os juízos ponderados emitidos pelas pessoas sem condições favoráveis ao exercício desse senso de justiça. Nisto consiste o equilíbrio reflexivo, pois seria o resultado que se chega depois de ponderar as diversas concepções propostas reconsiderando os próprios juízos para que se adaptem às concepções que seriam escolhidas na posição original.

Observando a probabilidade de que os juízos ponderados possam estar sujeitos a determinadas irregularidades ou distorções, tais juízos podem ser adaptados, podendo passar ou não por mudanças. Na teoria da justiça de Rawls, a intenção é a de estudar ao máximo o maior número de concepções de justiça que se conhece por meio da tradição da filosofia moral e de todos os argumentos filosóficos relevantes, para que, ao final, o senso de justiça pessoal possa ser posto em teste: “[é] mais ou menos isso que vou fazer, já que, ao apresentar a justiça como equidade, vou comparar seus princípios e seus argumentos com algumas outras doutrinas conhecidas.”<sup>17</sup>

### 1.1.2 Os princípios para a estrutura básica da sociedade

A estrutura básica da sociedade e o objeto primeiro dos princípios de justiça social são as instituições que precisam funcionar em esquema de cooperação. Os princípios de justiça para

---

<sup>16</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. I, §8, p. 55.

<sup>17</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. I, §9, p. 59.

as instituições não devem ser confundidos com os que se aplicam aos indivíduos e seus atos. É preciso que as instituições estejam estabelecidas em determinado lugar, possuam indivíduos a seu serviço que realizem atos apropriados dentro do exigido em normas pré-estabelecidas, e que as pessoas atendidas por elas saibam como essas pessoas a serviço de tais instituições devam agir, estando assim as normas determinadas de forma clara e com a devida publicidade, as quais todos devem obedecer.

É condição imprescindível que os princípios de justiça, aplicados à estrutura básica da sociedade, sejam regras que possuam publicidade para que todos saibam como devem agir e como os outros devem também agir. Isso impede que as normas não sejam cumpridas, ou que sejam mudadas para beneficiar os servidores e os servidos, limitando a conduta de ambos os lados. Tal clareza nas regras somente poderá ser considerada pública se assim se organizar.

Para Rawls, dois princípios de justiça seriam acordados na posição original. O primeiro princípio, o de iguais liberdades fundamentais, estabelece que as liberdades fundamentais, como a liberdade política (direito a exercer o voto e a exercer cargos públicos), liberdades de expressão e reunião, liberdade de consciência e pensamento, liberdade individual, direito à propriedade pessoal e proteção contra prisão e detenção arbitrária, estejam em consonância com o estado de Direito.

Já o segundo princípio, que determina que as desigualdades sociais e econômicas devam se organizar em benefício de todos e seus cargos e posições e devem estar acessíveis para todos, se aplica não só à distribuição de renda e riqueza, que não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa para todos,<sup>18</sup> como também se aplica à organização de instituições, assim os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos, permitindo que as desigualdades existam, sem que essas piorem a situação dos mais pobres.

Para que a igualdade equitativa de oportunidades exista, é necessário que exista o princípio de posições abertas a todos, que expressa a convicção de que os cargos devem estar ao alcance de todos, dando a possibilidade a esses de alcançarem certas recompensas relativas ao cargo, e também de vivenciar a realização pessoal resultante do exercício competente e dedicado de deveres sociais, uma das formas de exercer o bem humano. Esta oportunidade é dada através da estrutura básica que deve oferecer uma educação de base mais equitativa possível, de forma que o indivíduo possa escolher disputar ou não tal ou qual cargo ou posição.

---

<sup>18</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. II, §11, p. 74.

Para isso, as normas públicas devem expressar de forma clara e objetiva todo o ordenamento de forma a garantir que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura, no qual o procedimento correto ou justo leva ao resultado também correto ou justo.

Para uma concepção razoável de justiça, é necessário reunir outros conceitos simples como a ideia de “estrutura básica social”, “véu da ignorância”, “ordem lexical”, “posição menos favorecida”, bem como o de “justiça procedimental pura”.

O acesso aos bens primários como base das expectativas é uma questão de justiça social em primeiro lugar. Aqui, o princípio da diferença tenta, identificando o indivíduo representativo menos favorecido, definir expectativas simples como o índice desses bens que um indivíduo representativo pode almejar. Tais bens primários são coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que ele almeje de mais alto, coisas estas que ele preferiria ter mais a ter menos. Possuir tais bens básicos possibilitaria um maior êxito nas realizações dos próprios objetivos.

A concepção do bem que explica os bens primários é uma teoria conhecida que remonta a Aristóteles e algo semelhante a ela é adotada por filósofos como Kant e Sidgwick, constituindo o ponto de concórdia entre a doutrina contratualista e o utilitarismo:

A ideia principal é que o bem de uma pessoa é definido por aquilo que representa o plano de vida mais racional a longo prazo, dadas as circunstâncias razoavelmente favoráveis. Uma pessoa é feliz quando ela é mais ou menos bem-sucedida na realização desse plano.<sup>19</sup>

Cada indivíduo tem um plano racional de vida delineado de acordo com a situação em que se encontra, e chega-se a ele rejeitando-se outros planos que possam ter menos possibilidade de êxito ou que não permitam a realização abrangente do objetivo de vida. Pelas alternativas disponíveis, o plano racional é traçado e aperfeiçoado.

As posições existentes nas sociedades são variadas e numerosas, e para a existência de uma teoria coerente, é impossível levar em conta todas elas ou avaliar tantas reivindicações ao mesmo tempo. O problema fundamental da justiça está na estrutura básica da sociedade, que pode favorecer alguns pontos de partida em detrimento de outros na divisão dos benefícios da cooperação social. Os princípios que regularão essas desigualdades são os princípios de

---

<sup>19</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. II, §5, p. 111.

liberdade igual, igualdade equitativa de oportunidades, e princípio do interesse comum através da posição da cidadania igual.

Os menos favorecidos dentre as posições existentes nas sociedades poderão ser identificados por critérios da renda, da especialização no trabalho, da posição social ou outro. Podem, então, serem considerados indivíduos menos favorecidos, por exemplo, os que possuem menos da metade da renda média, se usado o critério da renda. Contudo que seja determinado um nível mínimo social razoável que servirá como ponto de partida, isso nivelará os cidadãos de forma mais equitativa possível e incluirá todos os cidadãos em um lugar nivelado na distribuição de benefícios da sociedade, mitigando o acaso natural.

### 1.1.3 A posição original

A posição original é uma situação puramente hipotética elaborada para simular situações que levem à reflexão das partes, na tentativa de interpretar nossos juízos morais que orientarão o senso de justiça. A justiça como equidade é uma teoria dos nossos sentimentos morais, tais como se manifestam através dos nossos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo, visto que os sentimentos exercem influências sobre nossos atos e pensamentos. Os princípios escolhidos nessa situação possibilitarão que as demais pessoas do grupo ajam de maneira mais justa, abrindo possibilidades iniciais às exigências correspondentes dos outros: “[é] obvio que ninguém pode ter tudo que quer, a simples existência das outras pessoas impede isso.”<sup>20</sup>

A posição original é um procedimento equitativo com o objetivo de tornar mais justos possíveis os princípios acordados inicialmente. Em presença do véu da ignorância, presume-se que as pessoas conhecem os fatos genéricos acerca da sociedade humana, política e questões econômicas, bem como a base da organização social e questões de psicologia humana, não limitando o conhecimento genérico, uma vez que os sistemas de cooperação social devem ser conhecidos, não havendo motivos para ocultar esses fatos.

O véu da ignorância vai assegurar as informações disponíveis relevantes que serão as mesmas para todos. Mas, excluindo das decisões as informações pessoais sobre si mesmo, as partes ficam impossibilitadas de negociar no sentido usual. Excluindo do juízo a própria situação na sociedade, ninguém poderá escolher princípios sob medida para se favorecerem, assim as escolhas terão fundamento público para a escolha dos termos da cooperação social:

---

<sup>20</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. III, § 20, p. 144.

É desejável que os fundamentos da concepção pública de justiça sejam evidentes para todos quando as circunstâncias o permitem. Essa ponderação favorece, creio, os dois princípios de justiça em detrimento do critério da utilidade.<sup>21</sup>

Então, supõe-se que as pessoas na posição original são racionais, e também não conhecem sua concepção de bem por não saber o que é melhor para si e por desconhecerem sua real posição na sociedade. Portanto, as escolhas não serão particulares e sim públicas, e esses princípios escolhidos nessa situação promoverão interesses básicos gerais e nunca vantagens individuais. Do ponto de vista da posição original, os indivíduos sabem em geral que devem buscar proteger suas liberdades, ampliar oportunidades e meios de promover os objetivos, sejam eles os mais variados.

A deliberação deixa de ser um meio de ganhar vantagem em detrimento de desvantagem de outros, pois, em uma situação de incerteza, tende-se a escolher um meio termo como segurança. O fato de não saber em que situação real as pessoas se encontram também presume a ausência de inveja – que, nesse sentido, pode ser coletivamente desvantajosa.

Combinar o desinteresse mútuo com o véu da ignorância faz alcançar quase o mesmo objetivo da benevolência. Essa combinação de suposição de cooperação mútua e a posição que fez com que todos estejam em uma situação original obriga a levar em conta o bem dos outros. Assim, as partes são capazes de honrar o acordo com base nos princípios escolhidos através do véu de ignorância para que esses dois princípios sejam uma concepção mínima adequada de justiça em uma situação de grande incerteza sobre si.

Com relação à psicologia humana, deve-se considerar as questões relativas aos acordos. Quando se firma um acordo, deve-se estar apto a honrá-lo, pois a boa fé é o principal agente considerado diante de um acordo. Além disso, de acordo com a visão kantiana à luz da doutrina contratualista, a ideia de tratar os homens não como meio mas como fins em si mesmos, significa no mínimo tratar as pessoas segundo os princípios com os quais concordariam em uma situação original de igualdade que seria a representação igual na qualidade de pessoas morais que se consideram como fins.<sup>22</sup>

Considerar as pessoas como fins em si mesmas significa abdicar inicialmente de ganhos que não contribuem para as expectativas de todos. Nisso, a aceitação pública dos princípios escolhidos torna possível reconhecer a boa fé recíproca nas relações sociais.

---

<sup>21</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. III, § 24, p. 173.

<sup>22</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. III, § 29, p. 220.

## 1.2 Sobre a Sociedade e as Instituições

### 1.2.1 Liberdade e tolerância

Uma concepção completa de justiça ajuda os cidadãos a escolher quais ordenações constitucionais são justas, de modo a conciliar opiniões e avaliar, assim, leis e políticas. Determinar os fundamentos e os limites das obrigações e dos deveres políticos dará a possibilidade de averiguar até onde as leis suscitarão obrigação ou poderão ser rejeitadas em sua obrigatoriedade de conduta – considerando, por óbvio, que, escolhidos os princípios de justiça, as partes retomam seus lugares na sociedade, e daí por diante tais princípios nortearão suas reivindicações dentro do sistema social em que vivem, decidindo a justiça das formas políticas.

Nesse ponto, os princípios já escolhidos na posição original darão forma ao documento constituinte da sociedade, e essa Constituição precisará proteger os princípios escolhidos. Esse é o momento em que se avalia a justiça dos procedimentos, alinhando visões políticas distintas: “[o] ideal é que uma constituição justa seja um procedimento justo para assegurar um resultado justo.”<sup>23</sup>

O conceito de liberdade é tema controverso e seus valores podem entrar em conflito. O conceito de liberdade dos tempos atuais tem mais valor que o dos tempos antigos, porém, as liberdades de pensamento, consciência, liberdade individual, e as liberdades civis não devem ser sacrificadas em nome da liberdade política e da liberdade de participar de forma igual de assuntos políticos, questão essa substantiva da filosofia política. Para resolver a controvérsia, é necessária uma teoria do direito e da justiça.

Então, o papel da definição, aqui, é coadjuvante, importando apenas a possibilidade de explicar qualquer liberdade por meio do seguinte raciocínio: “[e]sta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo”.<sup>24</sup> Na maior parte do tempo, Rawls discorre sobre liberdade em conexão com limitações jurídicas e constitucionais, por isso a necessidade de avaliar as liberdades fundamentais em conjunto, como um sistema único, pois o valor de uma liberdade depende da especificação das outras e das limitações às quais estão sujeitas.

---

<sup>23</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, § 31, p. 242.

<sup>24</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, § 32, p. 248.

Ao pensar a liberdade, também é necessário atentar para a questão da incapacidade das pessoas beneficiarem-se dos próprios direitos e das próprias oportunidades em consequência da pobreza, ignorância e falta de recursos em geral, que muitas vezes se incluem entre as restrições que são definidoras da liberdade.

A liberdade de consciência, por exemplo, precisa assegurar a liberdade religiosa e moral, mesmo que na posição original a pessoa não possua noção se tem ou não alguma concepção moral ou religiosa, ou se, ao tê-la, é minoritária ou majoritária: “[a] questão que devem decidir é saber qual princípio devem adotar para regulamentar as liberdades dos cidadãos no tocante a seus interesses fundamentais de natureza religiosa, moral e filosófica”.<sup>25</sup>

Escolhendo que a liberdade de consciência seja algo assegurado ao indivíduo, a sociedade correrá menos risco de que uma doutrina qualquer predominante no número de adeptos venha a reprimir ou perseguir outras. Quando se observa a história da humanidade, percebe-se que o homem sempre buscou ser livre e sempre que conquistou a liberdade, dela nunca quis abrir mão.

A tolerância e o interesse comum da vida em sociedade devem ser motor da aceitação da liberdade de consciência, e esta será limitada pelo interesse geral na ordem e na segurança pública.

Em relação às atribuições de um Estado, ele deve regular a busca da melhor forma de articular os interesses de acordo com os princípios com os quais os cidadãos concordariam, garantindo condições de igual liberdade para todos, seguindo a lógica de que os princípios escolhidos na posição original fariam com que todos concordassem com o direito à autopreservação. Tal princípio faz com que o Estado regule as exigências que os homens fazem uns aos outros em nome da religião.

A liberdade igual e a liberdade de consciência devem ser reguladas pelo princípio do interesse comum, princípio este escolhido na posição original, possibilitando que cada um possa cumprir com suas obrigações morais e religiosas. Assim, para Rawls, a argumentação em favor da escolha pela liberdade não se apoia em nenhuma doutrina filosófica ou metafísica específica: “[o] apelo, de fato, se dirige ao bom senso”.<sup>26</sup>

A justiça política é a justiça da constituição e, portanto, precisa ser um procedimento justo que satisfaça as exigências de liberdade igual e que seu arranjo seja um sistema de

---

<sup>25</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, § 33, p. 255.

<sup>26</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, §34, p. 264.

legislação justo e efetivo, permitindo um direito de participação igual no processo constituinte que define as leis que cada um deve obedecer, de forma a organizar uma democracia que permita a participação.

O principal elemento de um regime constitucional é a autoridade para decidir as políticas sociais básicas pelo corpo de representantes escolhidos (exercentes de um mandato limitado, por período determinado), os quais devem prestar contas de seus atos a seu eleitorado. Tal legislatura não é meramente consultiva ou representativa, mas sim cria leis. A constituição deve também limitar esse poder de legislar, além de reforçar valores referentes a direitos iguais de participação da sociedade tanto para produzir leis, quanto sobre a igual participação do processo político, para todos os membros da sociedade.

Partindo da ideia de que o regime democrático é algo que pressupõe liberdade de expressão, de reunião, de pensamento e de consciência, tais liberdades não são apenas exigidas pelo princípio da justiça, mas, como já argumentado por Mill, são necessárias para que os assuntos políticos sejam conduzidos de maneira racional.

São elementos imprescindíveis os debates abertos à população e partidos independentes dos interesses econômicos privados, devendo as verbas dos partidos políticos originarem-se de arrecadação tributária.<sup>27</sup>

Porém, historicamente, o governo constitucional tem demonstrado incapacidade de assegurar o valor equitativo da liberdade política, e as consequências das injustiças no âmbito do sistema político são muito mais graves do que as imperfeições do mercado,<sup>28</sup> pois o poder político se acumula rapidamente e torna-se desigual, servindo-se do aparelho coercitivo do Estado e de suas leis para que aqueles que conquistam vantagens possam garantir para si mesmas posições privilegiadas.

O princípio da participação (no processo político, na produção de leis e nas instituições) obriga aqueles que estão no poder a serem sensíveis aos interesses dos eleitores com aprovação de leis justas e efetivas, tendo como base a constituição, que é o alicerce da estrutura social e o mais elevado sistema de normas que regula e controla outras instituições.

A administração imparcial do sistema de leis de ordem pública se transforma no princípio do império da lei através da proteção aos direitos individuais. A incapacidade por parte dos juízes e de outras autoridades de aplicar a lei apropriada ou de interpretá-la

---

<sup>27</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, §36, p. 278.

<sup>28</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, §36, p. 279.

corretamente pode tornar-se uma ação injusta. Sendo assim, para punir um adversário político, muitas vezes não é necessário agir por meio de violações flagrantes através de subornos, corrupções ou abuso do sistema legal, bastando que sejam praticadas distorções sutis na aplicação das leis no processo judicial.<sup>29</sup>

Sendo um sistema legal uma ordem coercitiva de normas públicas voltadas para pessoas racionais com a finalidade de reger suas condutas e promover a estrutura de cooperação, quando essas são justas, estabelecem uma base para expectativas legítimas. Portanto, o que distingue um sistema legal justo é sua grande abrangência e seus poderes reguladores em relação a outras associações. O ordenamento legal deve oferecer uma base sólida para a liberdade e um meio efetivo de organizar o sistema de cooperação.

Com relação aos agentes aplicadores dessas leis, teremos como verdade que ter um dever envolve ser capaz de cumpri-lo: “[o]ught implies can”.<sup>30</sup> Assim, não só as autoridades devem agir de boa-fé, como também sua boa-fé deve ser reconhecida por aqueles que estão sujeitos aos seus ditames. A discricionariedade dos juízes deve ser limitada, assim como a de outras autoridades.

O preceito de que não há crime sem lei anterior que o defina – *nulum crime sine lege* – e as exigências nele implícitas provêm da ideia de sistema legal e, se assim não for, o conceito de liberdade se torna vago e impreciso. As leis, então, precisam ser conhecidas e expressamente divulgadas, sendo seu significado claro e definido, e as leis mais graves devem ser interpretadas de forma estrita e não retroativas em sua aplicação.

Por fim, se as leis são diretrizes com o intuito de orientar pessoas racionais, os tribunais devem preocupar-se com a aplicação e o cumprimento dessas leis de maneira apropriada, com juízes independentes e imparciais, impedidos de julgar em causa própria. É preciso também que os julgamentos sejam justos e abertos, não influenciados pelo clamor público, pois os preceitos legais visam assegurar que a ordem legal será mantida de forma regular.

O vínculo entre o império da lei e a liberdade é bem claro, por ser a liberdade um complexo de direitos e deveres definidos em lei e dela depender para a ação. O princípio da legalidade encontra um fundamento firme no acordo entre pessoas racionais que querem instituir para si mesmas o máximo grau de liberdade igual. Portanto, uma sociedade bem-ordenada normalmente desejará que o império da lei seja preservado.

---

<sup>29</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, p. 291.

<sup>30</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, p. 293.

Segundo Aristóteles, uma das peculiaridades dos homens é terem noção do que é justo ou injusto e esse entendimento comum da justiça forma uma polis.<sup>31</sup> De maneira análoga, um entendimento comum da justiça como equidade constitui uma democracia constitucional.

Os princípios de justiça definem um caminho apropriado entre dogmatismo e intolerância, e também se relacionam a um reducionismo que considera a religião e a moralidade como meras preferências. As liberdades existentes na sociedade podem ser menos amplas, embora iguais, ou podem ser desiguais, e as instituições têm grande peso sobre essa questão, levando em conta seu caráter justo ou injusto. Mesmo que haja uma propensão humana para as injustiças, esse caráter não é permanente, e o caráter justo ou injusto das instituições sociais poderá amenizar tais tendências dos indivíduos. Seitas violentas devem estar sob controle das instituições públicas, limitando sua ação com a finalidade de suprimir quaisquer injustiças, a começar pelas mais cruéis identificadas pelo grau de desvio em relação à justiça através das convicções ponderadas que as estabelecem, considerando o bem comum como certas condições gerais que em um sentido apropriado são igualmente vantajosas para todos.

Rawls aponta que Kant afirmou que uma pessoa age de modo autônomo quando os princípios de sua ação são escolhidos por ela como uma expressão mais adequada possível de sua natureza de ser racional, igual e livre. Os princípios que norteiam essa ação não são adotados em razão de sua posição social ou de seus dotes naturais ou tendo em vista o tipo de sociedade que vive ou das coisas específicas que ela venha a querer. O véu da ignorância priva as pessoas que ocupam a posição original do conhecimento que as capacitaria a escolher princípios heterônomos. As partes chegam às suas escolhas na condição de pessoas racionais, iguais e livres, sabendo apenas da existência das circunstâncias que originam a necessidade de se ter princípios de justiça. A teoria da justiça faz uma interpretação procedimental natural da concepção kantiana, dispensando o contexto metafísico da teoria de Kant.

Quando se tem uma visão global dos escritos de ética de Kant, percebe-se que os princípios de justiça se mantêm bem próximos desses princípios éticos kantianos, de forma que as ações das pessoas não dependem de contingências naturais ou sociais, nem tampouco expressam o viés das especificidades de seu plano de vida e ou das aspirações que as motivam agindo apenas racional e livremente, sujeitas a iguais condições de vida. O imperativo categórico de Kant é esse princípio de conduta que se aplica à pessoa e sua natureza de ser

---

<sup>31</sup> Aristóteles. *Politics*, Livro I, Cap. II, 1253a15 apud Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IV, §39, p. 301. Ver nota de rodapé nº 26.

racional, livre e igual, não cabendo, na teoria da justiça, nada que se refira a Deus ou anjos por não estarem sujeitos a fatos e limitações humanas.

### 1.2.2 Justiça distributiva e justiça entre gerações

O conceito de justiça na economia política vai muito além de efeito cumulativo da legislação econômica e social: trata-se de especificar a estrutura básica dando forma às necessidades e aspirações que seus cidadãos têm ou venham a ter, definindo os planos aos quais poderão ter acesso. Esse conceito de justiça dá o tom social às escolhas do cidadão, criando uma concepção de economia política, orientando questões da política econômica e social, destinando-se a promover o bem de todo o corpo político partindo de desejos gerais – tais como desejos de bens primários sociais – e se fundamentando em critérios de divisão justa das vantagens sociais.

Assim sendo, as instituições econômicas precisaram manter certa estabilidade social e desestimular desejos que entrem em conflito com os princípios de justiça, pois a justiça como equidade não poderá estar à mercê dos interesses e necessidades, não podendo se submeter a caprichos individuais que atendam desejos e necessidades específicas de seus membros sociais, fomentando a virtude da justiça e desestimulando desejos e aspirações que com elas sejam incompatíveis.<sup>32</sup>

Com relação ao princípio de poupança, a importância dele para a teoria de Rawls é que ele é pensado para manter o nível do mínimo social, que se relaciona com o problema da justiça entre gerações.

Assim como os netos e os filhos exigem que o ganho geral de uma certa família não venha a se perder de todo, mantendo um mínimo de estrutura adquirido pela gerações dos pais e avós, cada geração da sociedade deve, além de preservar ganhos em cultura e civilização, manter intactas as instituições justas que foram estabelecidas a fim de manter-se o mínimo social. Aqui, crê-se ser possível encontrar um princípio de poupança relativo às políticas públicas, pois aqueles que vivem mais tarde se beneficiam do trabalho de seus predecessores.

Pode-se, assim, considerar justo ou injusto o modo como as instituições lidam com as limitações naturais e a maneira como elas são estruturadas para tirar proveito de possibilidades históricas. Isso significaria um entendimento entre gerações, com cada uma delas se encarregando de sua respectiva parte no ônus de instituir e preservar uma sociedade justa. A

---

<sup>32</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. V, §41, p. 352.

poupança, então, é exigida como uma condição para a realização plena de instituições justas e das liberdades iguais:

podemos agora ver que entre gerações há deveres e obrigações exatamente como entre contemporâneos. A geração atual não pode fazer o que bem lhe aprouver, mas é obrigada, por princípios que seriam escolhidos na posição original, a definir a justiça entre pessoas que vivem em épocas diferentes.<sup>33</sup>

Para que os preceitos de justiça se concretizem, a fim de que tenhamos um nível do mínimo social, a soma de transferência e benefícios propiciados por bens públicos essenciais deve ser organizada de modo a elevar as expectativas dos menos favorecidos de acordo com a poupança exigida e preservando as liberdades iguais.

Não sendo correto definir a distribuição justa de bens e serviços com base em preferências pessoais de certos indivíduos, uma concepção de justiça exige que, quando mudarem as condições sociais, também mude o equilíbrio adequado aos preceitos, pois mesmo que tal equilíbrio em dado momento esteja correto, ele não é imutável ou “sacrossanto”.

Levando em conta a questão do mérito moral e das expectativas legítimas, a justiça como equidade rejeita a concepção de distribuição de acordo com o mérito moral, visto que na posição original não há como analisar tal critério. Já ficou claro que ninguém merece seu lugar na distribuição dos talentos naturais, nem mesmo seu ponto de partida na sociedade por não ser resultado de esforço ou merecimento e sim acaso.

### 1.2.3 Os princípios do dever natural, a estabilização da cooperação social, desobediência civil e a objeção de consciência

Do ponto de vista da teoria da justiça, o dever natural mais importante é apoiar e promover as instituições justas. Para que isso ocorra, devemos cumprir com a parte que nos cabe, obedecendo às instituições justas que existem, e cooperar na criação de instituições justas na medida do possível e do necessário.

Portanto, sendo justas as instituições, caberá a cada um, como dever natural, fazer o que elas exigem. Estabelecidos logo de início os princípios para as instituições, fácil fica estabelecer os princípios para os indivíduos, constituindo assim uma concepção do dever da obrigação.

---

<sup>33</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. V, §44, p. 365.

Suponha que na posição original uma sociedade adote como princípio de justiça o princípio da utilidade ou qualquer de suas variantes, que poderiam ser apenas aplicadas aos indivíduos dessa sociedade, e não às instituições básicas públicas. Então, para as instituições básicas do Estado, os dois princípios de justiça deveriam ser aplicados enquanto o princípio da utilidade seria apenas aplicado aos cidadãos, o que causaria conflito, visto que a existência de certa conduta necessária às instituições implica certos padrões de conduta individual e tem consequências para aqueles que ocupam posições nesses arranjos.

Rawls analisa do ponto de vista do interesse próprio (individual): cada pessoa se sente tentada a fazer o que é bom para si, e a estabilidade e arranjos sociais justos evitam tendências que conduzem à instabilidade. As pessoas (servidores e as autoridades) precisam agir de boa fé dentro das instituições, que não podem ter tanta liberdade nem condições de atuarem em benefício de si antes do benefício do serviço ao público, mantendo o dever jurídico de não interferir.

Ainda supondo que uma determinada sociedade adote os princípios de utilidade como acima mencionado, por mais que na opinião dele as pessoas quisessem para si um contrato utilitarista, este só seria útil para as pessoas na sociedade. Para as instituições básicas do Estado, seria melhor os princípios de justiça:

Somente em situações não institucionais do Estado a visão utilitarista é compatível com acordos já realizados, embora o princípio de utilidade possa ter lugar em certos contextos devidamente limitados...<sup>34</sup>

O argumento que favorece a aceitação do princípio de equidade relaciona-se com o princípio do dever natural. O princípio da equidade afirma que cada pessoa tem obrigação de fazer sua parte sempre que tiver aceitado voluntariamente os benefícios do sistema de que faz parte ou dele tenha se beneficiado, de forma que o sistema seja cooperativo e beneficie os indivíduos mutuamente. Portanto, “[n]ão devemos nos beneficiar dos esforços cooperativos das outras pessoas sem fazer a parte que nos cabe.”<sup>35</sup>

Então, em vista do princípio da fidelidade, obrigações e deveres são exigências que se espera que sejam cumpridas para que o pacto funcione, bem como as promessas feitas (as formuladas de vontade livre, desimpedida e consciente), pois essas são atos praticados com

---

<sup>34</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VI, §51, p. 418.

<sup>35</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VI, §52, p. 427.

intenção pública e deliberada, o que vincula tal ação (promessa/obrigação), já que é feita com intenção de promover algum objetivo. Existe, então, confiança mútua formada a partir da concepção compartilhada de justiça. A percepção pública da disposição de cada um agir segundo essa concepção é um grande bem coletivo, e a quebra da confiança pode fazer ruir todo um sistema.

Por outro lado, deve-se ter obediência a leis injustas mesmo promulgadas na vigência de uma constituição justa? Essa obrigação provém do dever de justiça, mas até que ponto se deve tolerar ou obedecer a arranjos institucionais injustos? A discussão desse problema inclui, entre outras coisas, a teoria da justiça penal, a da justiça compensatória, da guerra justa, da objeção de consciência, da desobediência civil, e da resistência armada, mas antes é necessário discutir pontos que se referem à obrigação e ao dever político.

A justificativa da não obediência depende do grau de injustiça das leis e das instituições e, ainda, de entender que leis injustas nem sempre estão no mesmo nível de igualdade. Nesse percurso, percebe-se que:

Grosso modo, a longo prazo, o ônus da convivência deve ser distribuído de modo mais ou menos uniforme entre os diversos grupos da sociedade, e as tribulações das políticas injustas não devem pesar demais em nenhum caso específico.<sup>36</sup>

A percepção pública da disposição de cada um de agir segundo essa concepção é um grande bem coletivo e dela derivam vantagens relativas aos problemas da garantia, que é obviamente do interesse de todos, pois refere-se à confiança (princípio da fidelidade) diretamente ligada à doutrina contratualista.

A desobediência civil como modalidade de protesto em uma sociedade livre é ato político público, não violento e consciente contra a lei, realizado com o fim de promover mudanças nas leis ou nas políticas do governo, indicando que determinados posicionamentos precisam ser ouvidos e considerados.

É ato público porque feito em público e também porque se dirige a princípios públicos. A desobediência civil não é secreta ou dissimulada, sendo assim uma forma de discurso, uma expressão da convicção política, tentando evitar o uso da violência, e não se tornar uma ameaça: “[a] desobediência civil foi definida de maneira que se enquadra entre o protesto e a criação de

---

<sup>36</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VI, §53, p. 442.

precedentes jurídicos de um lado, e a objeção de consciência e as diversas formas de resistência de outro”.<sup>37</sup> Essa modalidade se distingue da ação e da obstrução militantes e está muito distante da resistência violenta organizada. Ao praticar-se a desobediência civil, pretende-se, então, apelar ao senso de justiça da maioria para informar que a nossa opinião, sincera e ponderada, sobre as condições da livre cooperação estão sendo violadas.

Por outro lado, a objeção de consciência é o não cumprimento de uma exigência legal ou comando administrativo, a recusa de obedecer a uma ordem dada para determinada situação e, dando conhecimento à autoridade, esta decidirá se ela deverá ser cumprida ou não.

Assim, a objeção de consciência, apesar de se assemelhar muito à desobediência civil em casos reais, desta se difere. A objeção de consciência não é uma forma de apelar ao senso de justiça da maioria como o é a desobediência civil. Naquela, a recusa ao ato legal tem base em razões de consciência, não apelando às convicções da comunidade e, portanto, não é ato de fórum público. A objeção de consciência não pretende mudar a lei, mas pretende, por suas convicções pessoais, que a pessoa não seja obrigada individualmente a cumprir determinada lei. Suas bases não se fundamentam obrigatoriamente em princípios políticos, podendo ter outros princípios.

Tanto a desobediência civil quanto a objeção de consciência são recursos estabilizadores de um sistema constitucional, embora sejam, por definição, recursos ilegais que servem como resistência à injustiça dentro dos limites da fidelidade à lei. Assim, como meio de tentar equilibrar o regime político, se institui uma forma de contestar a autoridade democrática legítima apelando para princípios políticos fundamentais.

### **1.3 O bem como racionalidade**

#### 1.3.1 Necessidade de uma teoria do Bem, o princípio aristotélico, o justo e o bem

Rawls trabalha a teoria do bem para fundamentá-la de forma mais firme e, ao fim, irá relacioná-la com os valores sociais e o bem da comunidade. O motivo pelo qual Rawls só trata sobre o conceito de bem ao final de sua obra é que, na justiça como equidade, o conceito de justo antecede o de bem, diversamente de Aristóteles que, para começar a investigação do que seria justo ou injusto, inicia suas reflexões pela busca do que seja o bem e a excelência.

---

<sup>37</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VI, §55, p. 457.

Rawls defende a necessidade de se desenvolver uma teoria fraca do bem para convertê-la em teoria plena via posição original. A concepção de boa pessoa é aquela que tem em grau mais alto que a média as propriedades e virtudes fundamentais e, em especial, o senso de justiça. Seu plano racional de vida deve ser compatível com as restrições do justo, e essa pessoa vai querer que outros reconheçam as mesmas restrições. São propriedades que são racionais os cidadãos desejarem uns nos outros.

Seria, então, necessário se despir de uma concepção de bem para que os princípios de justiça se estabeleçam? A limitação da concepção de bem restringe o poder que cada um traz em si e usa para se beneficiar. O conceito do justo preceder o de bem, fica claro quando Rawls defende a inviolabilidade de cada pessoa na sociedade fundada na justiça.

Nesse caminho para formular uma teoria da justiça, o conceito de bem só foi usado de maneira superficial. Rawls afirma que o bem da pessoa é definido pelo o que, para ela, é o projeto de vida mais racional em uma circunstância razoavelmente favorável, e que, em uma sociedade bem ordenada, as concepções dos cidadãos de seu próprio bem devem ser condizentes com os princípios de justiça publicamente reconhecidos.

A primeira ideia de bem em sua teoria é o bem como racionalidade, que, de modo conciso, se define como satisfação do desejo racional. Apesar de Rawls não formular logo de início uma teoria do bem, é necessário se apoiar em alguma noção de bem supondo as motivações das partes presentes na posição original, e essa suposição não pode pôr em risco o lugar anterior do conceito de justo. Então, a teoria de bem usada na defesa dos princípios da justiça fica restrita ao mínimo essencial, que o autor chamou de teoria fraca do bem, que deve apenas garantir as premissas acerca dos bens primários, necessárias para chegar aos princípios de justiça, e só depois de elaborada a teoria fraca do bem e os princípios de justiça, poder-se-á chegar o que chama de teoria plena do bem.

A ideia inicial de bem vai definir, a princípio, os membros menos favorecidos da sociedade. Presumindo que isso seja possível através do princípio de diferença, isso não vai definir a medida cardinal de bem-estar social, mas, isolado esse grupo, será possível interpretar a ordem de preferências nas necessidades que vão determinar a organização apropriada da estrutura básica, visto que o índice de bem estar e as expectativas dos indivíduos são especificados com bases nos bens primários, aqueles desejáveis por qualquer um.

É perceptível que indivíduos racionais, seja o que for que queiram, desejam certas coisas, como pré-requisitos, para realizar seus planos de vida. Algumas dessas coisas que preferem são liberdades e oportunidades mais amplas (às mais restritas), e uma parcela maior

(e não menor) de riqueza e renda. Essas coisas são consideradas boas, bem como o auto respeito e confiança na noção do próprio valor são os mais importantes bens primários:

Assim, a definição inicial das expectativas apenas com relação a coisas como a liberdade e a riqueza é provisória; é necessário incluir outros tipos de bens primários e esses levantam questões mais profundas. Fica óbvio que a análise do bem é necessária para isso; e é preciso que seja a teoria fraca do bem.<sup>38</sup>

Uma relativa visão de bem protegerá contra objeções quanto à possibilidade de dizer que as pessoas presentes na posição original saibam tão pouco sobre a própria situação que se torna impossível haver um acordo racional no tocante aos princípios de justiça, e então, não sabendo seus objetivos, conseqüentemente não saberiam quais os melhores caminhos a seguir. Como poderiam, então, ter uma opinião sensata?

A racionalidade de uma pessoa não depende de quanto ela sabe sobre si, mas apenas de sua capacidade de raciocinar acerca das informações que dispõe, por mais incompletas que sejam. A teoria fraca do bem é necessária para explicar a preferência pelos bens primários e, com ela, a ideia de racionalidade que fundamenta as escolhas dos princípios na posição original, dando apoio às premissas necessárias das quais se deduzem os princípios de justiça. A teoria completa precisa de princípios de justiça já estabelecidos e usará tais princípios na definição dos outros conceitos morais relacionados ao bem.

Necessário será distinguir o que seja a teoria fraca do bem e a teoria completa, de modo a determinar em qual se baseia a teoria da justiça. É necessário também possuir bens primários a fim de atingir bens últimos. Os bens primários são coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, de forma básica, sem importar a finalidade a alcançar (a finalidade que mais deseje).

O senso de justiça é um bem (no sentido da teoria fraca) para os membros de uma sociedade bem ordenada? Se ter e manter um senso de justiça for mesmo um bem, será, nesse caso, um bem especial. Nota-se que a relação entre justiça e bem é congruente.<sup>39</sup>

Rawls afirma que o conceito de pessoa moralmente digna possui origem no conceito de justo e de bem. No entanto, abdicará das teorias teleológicas que definem o bem de maneira independente do justo para ligar entre si os conceitos. Também crê que a racionalidade, aplicada

---

<sup>38</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VII, §60, p. 491.

<sup>39</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VII, §60, p. 492.

adequada e necessariamente, leva a valores “superiores” que devem ser aceitos por todos, gerando igualdade (comunidade política baseada em deveres éticos e racionais, valores formulados e aceitos por todos), e o exercício dessa autonomia é atrelado a esse dever. O exercício da autonomia se dá através do exercício da racionalidade. Quando os princípios de justiça já estão estabelecidos, então a teoria plena do bem usa esses princípios na definição de outros conceitos morais.<sup>40</sup>

No caminho para a escolha racional fundamental para a definição do bem e para a execução do plano de vida de uma pessoa, Rawls enumera três princípios. No primeiro princípio, a pessoa deve escolher a alternativa mais eficaz para realizá-lo. No segundo princípio, entre muitos planos de vida, deve escolher o que alcança o maior número de objetivos em detrimento de outro que alcance um número menor de objetivos. E, no terceiro princípio, se algum objetivo tem uma maior probabilidade de ser alcançado com um plano do que com outro, aquele deve ser preferido.

Os bens primários estão separados em algumas categorias: a) os direitos e liberdades básicas, como liberdade de consciência e de pensamento; b) liberdade de movimento e de escolha de ocupação, que dará direito à variedade de oportunidades permitindo ao cidadão perseguir diferentes planos de vida e até modificá-los; c) acesso aos cargos e posições de autoridades e responsabilidade nas instituições da estrutura básica que fornecem ao cidadão lugar para realizar suas distintas capacidades e de autogoverno; d) auto respeito como base social, essencial para que o cidadão adquira um sentimento de vivacidade de seu valor enquanto pessoa, de modo a ser capaz de progredir em seus objetivos.

Em uma sociedade bem ordenada, os planos dos indivíduos são diferentes no sentido de que dão importância a objetivos diversos e, assim, as pessoas ficam livres para definir seu próprio bem, pois é racional que os membros de uma sociedade bem ordenada tenham projetos diferentes, por causa da existência de inúmeros talentos e capacidades, e pelo gosto que desenvolvem por algumas delas.

Quando dizemos que algo é bom, isso expressa uma informação útil, mas seria bom para quê, ou para quem, e em que momento? A que condições e circunstâncias este bem atende? Por exemplo, um espião pode ser um bom assassino, porém não existe obrigatoriedade de se entender que ser um assassino seja, no geral, uma coisa boa de ser.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VII, §60, p. 492.

<sup>41</sup> Cf. Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VII, §61, p. 499.

Na teoria completa do bem, os planos racionais devem ser compatíveis com os princípios de justiça. Trapacear e degradar o próximo, fazer algo injusto para promover seu próprio bem etc. são coisas que não estão contidas na descrição dos bens humanos. Objetivando conseguir o respeito e a boa vontade das pessoas e a interdependência a longo prazo, ao menos será importante evitar o desprezo e a hostilidade dos demais membros dessa comunidade na promoção dos objetivos.

Determinar os contrastes entre o bom e o justo ajuda a explicar o valor moral dos conceitos fundamentais da teoria. A primeira diferença é que, embora os princípios de justiça possam ser escolhidos na posição original, os princípios da escolha racional e os critérios da racionalidade deliberativa não são escolhidos. A segunda diferença entre o justo e o bem é que é bom que as concepções de bem de cada indivíduo tenham diferenças significativas entre si, ao passo que isso não deve acontecer com as concepções de justo. A terceira diferença é que muitas aplicações dos princípios de justiça são limitadas pelo véu da ignorância, enquanto que as avaliações do bem de determinada pessoa podem basear-se no conhecimento que tenha dos fatos.

Os indivíduos encontram suas concepções de bem de maneiras diversas, e muitas coisas podem ser boas para uns e não boas para outros, portanto não há urgência de se chegar a um juízo publicamente aceito no que se refere àquilo que é o bem de cada indivíduo. Em uma sociedade ordenada, a concepção de justiça é definida para todos de forma a auxiliar nas conquistas básicas, mas as pessoas ficam livres para definir seu próprio bem, pois os seres humanos têm inúmeros talentos e capacidades, e possuímos prazeres nas atividades uns dos outros.<sup>42</sup>

Fica explícita a influência do pensamento de Aristóteles no raciocínio de Rawls no §65 do Cap. VII (“O bem como racionalidade”) subintitulado “O Princípio Aristotélico”, no qual Rawls tenta, por meio do raciocínio feito por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, formular uma teoria que o auxilie na tarefa da concepção do bem. Rawls chama de princípio aristotélico o seguinte:

Permanecendo constante as demais condições, os seres humanos desfrutam do exercício de suas capacidades realizadas (suas capacidades inatas ou adquiridas), e esse desfrute aumenta quanto mais a capacidade se realiza, ou quanto maior for sua complexidade. A ideia intuitiva neste

---

<sup>42</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VII, § 65, p. 527.

caso é que os seres humanos têm mais prazer em fazer algo quando se tornam mais proficientes em tal atividade.<sup>43</sup>

Rawls explica que pareceu adequado chamar de Princípio Aristotélico tendo em vista que Aristóteles fala das relações entre felicidade, atividade e satisfação em *Ética a Nicômaco*, Livro VII, Cap. 11-14 e Livro X, Cap. 1-5. Lá, porém, ele não formula tal princípio de forma clara, mas passa a ideia de que as atividades, as satisfações mais desejáveis e duradouras, originam-se do exercício de habilidades maiores que envolvem atividades mais complexas.<sup>44</sup> Tal ideia intuitiva de complexidade das atividades bastará para os fins a que se deseja chegar.

Portanto, o Princípio Aristotélico é um princípio de motivação e explica por que preferimos fazer tais coisas a outras. Com o tempo, preferimos atividades mais complexas que desafiem nossas capacidades. O exercício das habilidades bem cultivadas é capaz de nos propiciar prazer e nos desperta cada vez mais o desejo de sermos melhores, despertando também o desejo nos outros de alcançarem tais resultados.

Por isso, o aprendizado e a educação de nossas capacidades inatas parecem ser um bem, mas o esforço para realizá-las, a satisfação cada vez maior de aprendizado e de realizar atividades mais e mais complexas podem se tornar exaustivas e difíceis, presumindo que isto também tenha um limite. Necessário é chegar a um equilíbrio a contrabalançar os desejos e o bem ligado a ele. Esse princípio, então, formula uma tendência e não um padrão invariável.

As práticas sociais são cooperativas, e no afã de explorarmos essa engenhosidade que parece ser natural da razão humana, podemos consumir recursos em demasia, portanto a racionalidade vai determinar o bem contido no aprimoramento do caminho até o fim almejado.

Portanto, o Princípio Aristotélico é uma característica dos desejos humanos, porém, através desse princípio, é possível explicar que coisas são reconhecidas como boas para os seres humanos. Uma vez que esse princípio se vincule ao bem primário do autor espeito, ele acabará por ter uma posição central na psicologia moral que dá sustentação à justiça como equidade.

### 1.3.2 O senso de justiça e a sociedade bem ordenada.

O conceito de sociedade bem ordenada é aquela preparada para promover o bem de seus membros e regulada por sua concepção pública de justiça. Como já citado, esse fato implica que todos estão cientes dessa situação e, portanto, aceitam os mesmos princípios, bem como as

---

<sup>43</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VII, § 65, p. 527.

<sup>44</sup> Essa questão está mais bem explicada na nota de rodapé 20 em Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VII, §65, p. 527.

instituições públicas as atendem. A publicidade traz clareza e segurança nas ações das instituições e na confiança que os administrados demonstram por elas.

O equilíbrio nas motivações para o cumprimento das regras estabelecidas pelos princípios de justiça sobrepõe-se à propensão à injustiça, dando estabilidade a ela. Percebe-se que as pessoas adquirem um desejo de agir de forma justa quando se vive sob a administração de instituições justas. Os sistemas aqui relevantes são as estruturas básicas das sociedades bem ordenadas correspondentes às diversas concepções de justiça, um complexo de instituições políticas, econômicas e sociais. A estabilidade desses sistemas é definida por seus limites de atuação e pelo fiel cumprimento deles, podendo essas instituições justas serem alteradas sempre que necessário de acordo com a regra.

Portanto, a moralidade da autoridade é perceptível logo no início da vida se observarmos a teoria de Freud que a ela se assemelha. Os processos de aprendizado moral ocorrem através de comportamentos exigidos pelos pais, na administração dos prazeres e sofrimentos (sistema de recompensas e castigos) e que gera o desejo de adaptar-se aos padrões morais que surgem no início da vida. Normalmente, esses padrões são aceitos pelas crianças como a melhor forma de administrar ansiedades e disputas resultantes dos anseios, representados pelo superego:

Assim, a teoria freudiana sustenta duas proposições, a de que uma parte essencial do aprendizado moral ocorre no início da vida, antes que se possa entender a base racional da moralidade, e a de que isso envolve a aquisição de novas motivações por meio de processos psicológicos marcados por conflitos e tensões.<sup>45</sup>

A outra tradição do aprendizado moral provém do pensamento racionalista ilustrado por Rousseau, Kant, J. S. Mill e, recentemente, por Jean Piaget. Ela não se vincula à oferta de motivações ausentes, mas a uma questão de livre desenvolvimento de nossas capacidades, mostrando que o devido desenvolvimento de nossas capacidades intelectuais e emocionais permite controlar impulsos.

De início, a criança não tem seus próprios padrões de crítica, mas, com o tempo, passa a confiar na autoridade dos pais por identificar neles amor. Mais tarde, nasce o amor pelos pais. Além de anunciar as regras de forma clara e compreensível, as crianças devem “[t]ambém

---

<sup>45</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 70, pp. 566-567.

seguir esses preceitos quando também se aplicarem a eles próprios. Os pais devem dar exemplo da moralidade que exigem...”.<sup>46</sup>

A moralidade de associação é o estágio seguinte, e amplia a perspectiva do papel do indivíduo nas diversas associações às quais pertence, no aprendizado de padrões morais apropriados a tais associações. Grupos de escola e de bairro determinam formas de cooperação a curto prazo, e daí depreende-se virtudes do bom aluno e do bom colega, os ideais de bom esportista, e, assim, esse tipo de perspectiva moral se estende aos ideais adotados mais tarde na vida, que se ajustarão da maneira mais adequada ao respectivo status ou papel na sociedade.

Observa-se que, pelo mesmo processo que leva o indivíduo a ser um bom colega ou um bom esportista, esse indivíduo desejará agir com justiça e a querer justiça análoga das instituições. Assim, observamos um desenvolvimento da moralidade de princípios. Desse modo, as pessoas que participam desses grupos podem chegar a posições em que sejam chamadas a aplicar princípios de moralidade com a intenção de alcançar um equilíbrio razoável e de ajustar os diversos ideais de associação. Isso representa a cooperação na aplicação de princípios.

A falha de nossa parte contra os membros dos grupos a que se pertence produz sensação de culpa pelo rompimento dos laços de afeto e boa fé, por quebra de confiança, traição de amizades, falsidade e infidelidade, que são contrárias às obrigações naturais e faz romper com os laços de cooperação.<sup>47</sup> Essa ponderação é importante para a elaboração de normas de prioridade apropriadas às garantias dos objetivos de cooperação.

Os sentimentos morais podem ser reguladores dos comportamentos de pessoas que cooperam, e o ideal de pessoas que cooperam exerce uma atração natural sobre nossos afetos: “[n]a verdade, sem um senso de justiça em comum ou sobreposto, não é possível existir amizade cívica”.<sup>48</sup>

Com relação aos sentimentos e emoções morais, pode-se notar que, em geral, a culpa, o ressentimento e a indignação invocam o conceito de justo, ao passo que a vergonha, o desdém e o escárnio apelam ao conceito de bem, se estendendo ao sentimento de dever e obrigação: “[a] teoria do direito e da justiça fundamenta-se na ideia de reciprocidade, que reconcilia os

---

<sup>46</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 70, p. 575.

<sup>47</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 72, p. 587.

<sup>48</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 72, p. 588.

pontos de vista do eu e dos outros percebidos como pessoas morais iguais (...) e o equilíbrio entre as pessoas é proporcionado pelos princípios de justiça”.<sup>49</sup>

A estabilidade relativa da justiça como equidade vincula-se a certo desenvolvimento moral, sendo útil observamos três leis psicológicas que representam tendências e que, permanecendo as demais condições, serão efetivas.

Resumidamente, em primeiro lugar a reciprocidade do amor do filho quando percebe que recebe amor dos pais; em segundo e por consequência do anterior, a capacidade de solidariedade que, dentro de um arranjo social justo e publicamente reconhecido por todos como justo, é possível criar laços amistosos e de confiança quando se percebe nos outros a intenção de cumprir deveres e obrigações; em terceiro, ao observar essa disposição de cumprir os deveres e as obrigações nos outros membros e nas instituições que são reconhecidamente justas, adota-se a reciprocidade e o senso de justiça, se preocupando com outras pessoas beneficiárias desse arranjo.

Vemos que nos princípios da psicologia moral também existe lugar para a concepção de justiça. Existem grupos que preferem que as teorias sociais não recorram a ideias morais e sim a leis que recorram a outras interações, porém, tais leis ou tendências não mencionam a justiça ou equidade do arranjo em questão, estando fadadas a alcance limitado.

### 1.3.3 Autonomia e objetividade, prazer como método de escolha dos fins e a definição do bem.

Uma característica importante para denominarmos uma sociedade como bem ordenada é a existência de congruência entre os princípios de justiça e os princípios da escolha racional. Apesar da instrução moral advir de uma educação moldadora de ideias, isto não a transforma em doutrinação coercitiva, e, portanto, nada impede que haja autonomia do pensar na maturidade ao unir-se a orientação recebida com o uso da razão refletida no limite do desenvolvimento de suas faculdades. Não é exigida obediência inabalável à educação recebida, e a obediência cega sem questionamento pelo bom senso não seria passível de alegação de inferioridade hierárquica ou obediência cega.

Então, o véu de ignorância nos faz olhar para a ordem social não do ponto de vista da nossa situação, e sim de um ponto de vista que todos possam adotar em igualdade de condições.

---

<sup>49</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 73, p. 598.

A aceitação dos princípios do direito e da justiça gera os laços de amizade cívica e define as bases da civilidade em meio às diferenças.<sup>50</sup>

Do ponto de vista da autonomia e da objetividade, ao discutirmos a objeção de consciência, a questão é saber quais dos lados da discussão está equivocado. A resposta é que a consciência de uma pessoa está equivocada quando ele busca impor condições que transgridam os princípios com os quais concordou na posição original. A objeção de consciência é uma impossibilidade de seguir obrigado a obedecer em situações que nos opõem aos princípios com os quais concordaríamos na posição original (os princípios de justiça) e desta perspectiva surge o conflito:

Os que têm autoridade são responsáveis pelas políticas que procuram executar e pelas instruções que baixam. E aqueles que aceitam executar ordens injustas ou acumpliciar-se com intenções malignas não podem, em geral, alegar ignorância ou que a culpa seja apenas daqueles que se encontram em posições superiores.<sup>51</sup>

Ao olhar essa ordem social, a ideia de união social é facilitada quando vislumbramos a possibilidade de fortalecer os vínculos de reciprocidade. Precisamos uns dos outros como parceiros de vida, o que envolve os valores diferenciados de cada indivíduo. Na teoria do bem como racionalidade, já conhecida através do Princípio Aristotélico, observamos que desenvolver as potencialidades de si na direção do aumento da complexidade do exercício destas é um desejo natural:

Quando as pessoas estão seguras de que podem desfrutar do exercício de suas próprias capacidades, elas se dispõem a apreciar as perfeições de outros, em especial quando suas diversas excelências têm um lugar aceito numa forma de vida cujos objetivos todos compartilham.<sup>52</sup>

A falta da oportunidade de praticar nossas excelências pode levar à inveja, o que desencadeia sensação de mágoa, angústia e inferioridade, desperta nosso rancor e nossa hostilidade pela falta da igualdade. Da mesma forma, o ciúme e a avareza tentarão impedir que outros possam desenvolver suas capacidades para manter os menos afortunados em situação inferior. A falta de oportunidades levará quase sempre à perda de autoestima.

---

<sup>50</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 78, p. 638.

<sup>51</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 78, p. 640.

<sup>52</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. VIII, § 79, p. 645.

Os seres humanos estão propensos a esse sentimento de impotência que gera a inveja pela sensação de não poder melhorar suas perspectivas de vida. Eles creem sentirem-se melhores impondo perdas aos que estão em melhor situação do que se entregarem à resignação e à apatia.

E os seres humanos, segundo Rawls, também tendem a não trocar uma liberdade menor por vantagens econômicas maiores, dando prioridade à liberdade. Para essa liberdade é necessário apoiar o estabelecimento do bem primário do auto respeito por meio das garantias das liberdades fundamentais que, de fato, podem tornar-se iguais, já que as desigualdades sempre existirão, visto que é impossível que todos possuam um status econômico elevado na sociedade ao mesmo tempo.

Não são nossos objetivos que revelam nossa natureza, e sim os princípios que reconheceríamos para regular as condições de fundo nas quais esses objetivos devem formar-se e para regular a maneira como alcançar esses objetivos.

O eu é prévio aos fins que são afirmados por ele, e mesmo um fim predominante deve ser escolhido entre inúmeras possibilidades. Importante seria inverter a relação entre o justo e o bem, propostas pelas doutrinas teleológicas, e considerar o justo como anterior ao atendimento dos puros caprichos de saciar as vontades e desejos de prazer a qualquer custo, por isso a teoria trabalha na direção oposta.

A definição de bem está fadada a afetar o que é o justo, pois as partes precisam considerar a personalidade moral, e não a capacidade para o prazer ou para a dor como aspecto fundamental do eu: “[s]implesmente não devemos supor que o nosso bem racional seja determinado de uma forma única”.<sup>53</sup>

O bem das pessoas dependerá do tipo de pessoas que elas são, do tipo de necessidades e aspirações que têm e que serão capazes de ter. Pode até acontecer que pessoas não achem que um senso de justiça seja algo para seu bem, mas, caso isso aconteça, as forças estabilizadoras da sociedade serão mais fracas, e dispositivos penais terão um papel maior no sistema social. Muitos males acompanham a falta do senso de justiça e isso traz instabilidade.

A combinação do justo com o bem pode equilibrar e reduzir tais consequências. Certamente certos dispositivos de coerção para garantir a obediência serão necessários, mas o principal objetivo será garantir a confiança dos cidadãos uns nos outros, porém, tais dispositivos compreenderão uma parte pequena do arranjo social.

---

<sup>53</sup> Rawls, John. *Uma teoria da justiça*, cap. IX, §85, p. 696.

Rawls tenta colocar em evidência coisas que se pode dizer a favor dessa teoria da justiça, e tenta não justificar utilizando-se de definições de conceitos morais, mas por meio de raciocínios dedutivos, transferindo convicções das premissas para a conclusão, e que serão demonstrados por procedimentos aceitos pelo bom senso e pelas ciências, assim as proposições comparadas com os juízos morais afirmados demonstrar-se-ão verdadeiras.

A teoria divide-se em três partes, sendo a primeira a apresentação dos fundamentos da estrutura teórica argumentando a favor dos princípios de justiça, escolhendo com razoabilidade as concepções de justiça, e demonstrando as condições como naturais além dos motivos pelos quais devem ser aceitos.

Na segunda, foram examinados os tipos de instituições necessárias à justiça e os tipos de dever e obrigação impostos aos indivíduos, e a compatibilidade com as convicções ponderadas.

Por fim, na terceira, investigou-se se a justiça como equidade é uma concepção exequível, levantando a questão da estabilidade e a congruência entre o direito e o bem humano.

Rawls tenta demonstrar que o conjunto das condições contidas na ideia de posição original são razoáveis e relaciona-os com o propósito dos princípios morais e com o papel de restabelecer os vínculos de comunidade. Ele inclui também as condições de ordenação, finalidade e publicidade como forma de garantir o procedimento de justificação e regulação da coesão da sociedade como grupo social cooperativo.

O autor também discute sobre o fato de a teoria não tratar jamais as pessoas como meio, demonstrando assim os valores da comunidade. A posição original é usada primordialmente para definir o conteúdo da justiça e apenas depois disso a justiça passa a ser vista como bem, e nela se estabelecerão as restrições éticas pertinentes, apesar de as partes decidirem apenas com base no que parece mais bem calculado para promover seus interesses.

John Rawls também procura deixar claro que os princípios de justiça não derivam da ideia de respeito por pessoas ou por valor inerente das pessoas. Tal ideia não constitui base adequada para se chegar a tais princípios. Respeitar as pessoas seria reconhecer que possuem uma inviolabilidade fundamentada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar.

Chegando à conclusão de que a justiça, portanto, é a virtude das instituições sociais, e mesmo esta não sendo uma teoria totalmente satisfatória, Rawls oferece uma alternativa à visão utilitarista, sem fundir todas as pessoas em uma só, compreendendo as muitas gerações distintas, encarando a situação humana de todas as perspectivas temporais para que os

princípios reguladores possam se ajustar às necessidades futuras, deixando sempre um caminho iniciado na direção de uma sociedade cada vez mais justa e equitativa.

## CAPÍTULO II. A QUESTÃO DOS CONTRATOS

### **2.1. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e as estatísticas sobre processos relativos ao tema contratos.**

O CNJ mantém uma revista denominada *Justiça em números*, que apresenta relatórios com dados informativos judiciais e reúne informações de noventa tribunais compostos por mais de 15 mil unidades judiciárias. A revista possui cálculos diversos como o da chamada taxa de congestionamento, que é uma relação entre o número de casos novos e o de casos baixados. Contém também informações sobre quais processos mais congestionam o judiciário, o tempo de duração dos processos e volume de recursos, informa números de arrecadação e gastos com os setores do judiciário, número de magistrados e servidores, custo com quadro de pessoal, número de quadros vagos, a relação entre os graus de diferentes instâncias, a quantidade de tribunais e sua distribuição, a produtividade de magistrados e quais os tribunais são mais ou menos produtivos, entre outros relatórios. Na revista, são demonstradas as metodologias usadas nos cálculos e gráficos, e a estrutura do poder judiciário em um determinado ano e sua gestão. Todas essas informações abrangem a Justiça Estadual, a Justiça do Trabalho, a Justiça Federal, a Justiça Eleitoral, a Justiça Militar Estadual e Tribunais superiores.

Nesses informativos, pode-se encontrar os números estatísticos separados por tribunais, por estado, por categoria de trabalho, por classes processuais e assuntos, índices de atendimento às demandas, a aplicação de recursos, o quadro de litigiosidade brasileira e a distribuição dos recursos em tribunais e unidades judiciárias separadamente com respectivos comparativos. Tais dados fortalece as preocupações em torno das mazelas e também iniciativas úteis existentes no judiciário do Brasil.

Todas essas informações são oficiais e podem ser usadas como ferramenta para pesquisa e reflexão sobre a situação do judiciário no país e sinalizam que há uma demanda em direção a frequente não execução dos contratos. A análise de tais dados pode contribuir para uma melhora para o futuro das estatísticas e para o aperfeiçoamento de nossas políticas judiciárias, dando indícios do caminho a ser trilhado para a obtenção mais exata.

Observando as edições da revista dos anos de 2017, 2018 e 2019, foi possível evidenciar os assuntos mais demandados, nas tabelas reproduzidas a seguir:

Assuntos mais demandados - Revista de 2017 (ano base 2016) - 1º grau:

Figura 1.<sup>54</sup>

**Justiça**  
em números

Figura 144: Assuntos mais demandados

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO-Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
	2. DIREITO DO TRABALHO-Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO-Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
	4. DIREITO DO TRABALHO-Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
	5. DIREITO DO TRABALHO-Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)
Superiores	1. DIREITO CIVIL-Obrigações/Espécies de Contratos	65.177 (0,13%)
	2. DIREITO DO TRABALHO-Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	18.325 (0,04%)
	3. DIREITO DO TRABALHO-Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	17.629 (0,03%)
	4. DIREITO PENAL-Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	16.641 (0,03%)
	5. DIREITO DO TRABALHO-Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	13.138 (0,03%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR-Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	660 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR-Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	467 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR-Crimes contra o Patrimônio/Furto	211 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR-Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	117 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR-Crimes contra a Administração Militar/Desacato e da Desobediência	117 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR-Crimes contra a Pessoa/Lesão Corporal e Rixa	1.158 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO-Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	868 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO-Atos Processuais	666 (0,00%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO-Militar	457 (0,00%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO-Militar/Regime	454 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO-Benefícios em Espécie/Auxílio-Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO-Dívida Ativa	489.280 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO-Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO-FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO-Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL-Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR-Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO-Dívida Ativa	1.151.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL-Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL-Família/Alimentos	853.049 (1,68%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL-Eleições/Candidatos	1.449.299 (2,85%)
	2. DIREITO ELEITORAL-Eleições/Cargos	993.706 (1,96%)
	3. DIREITO ELEITORAL-Eleições	608.892 (1,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL-Eleições/Prestação de Contas	536.625 (1,06%)
	5. DIREITO ELEITORAL-Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	403.350 (0,79%)

<sup>54</sup> *Justiça em Números*, 2017: ano-base 2016/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2017, p. 167.

Assuntos mais demandados - Revista de 2017 (ano base 2016) - 2º grau:

Figura 2.<sup>55</sup>

Figura 145: Assuntos mais demandados no 2º grau

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO—Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	717.983 (7,57%)
	2. DIREITO DO TRABALHO—Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	155.869 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO—Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	142.299 (1,50%)
	4. DIREITO DO TRABALHO—Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	72.919 (0,77%)
	5. DIREITO DO TRABALHO—Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	72.794 (0,77%)
Militar Estadual	1. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO—Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	345 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR—Crimes contra a Pessoa/Homicídio	301 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR—Parte Geral /Penas Acessórias	218 (0,00%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO—Jurisdição e Competência/Competência	199 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR—Crimes contra a Pessoa	171 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO—Benefícios em Espécie/Auxílio—Doença Previdenciário	129.913 (1,37%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO—Pedidos Genéricos Relativos aos Benefícios em Espécie/Concessão	70.128 (0,74%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO—Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	69.909 (0,74%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO—Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	62.819 (0,66%)
	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO—Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	56.317 (0,59%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL—Obrigações/Espécies de Contratos	562.660 (5,94%)
	2. DIREITO PENAL—Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	256.239 (2,70%)
	3. DIREITO DO CONSUMIDOR—Contratos de Consumo/Bancários	254.530 (2,69%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO—Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela / Tutela Específica	191.130 (2,02%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO—Servidor Público Civil/Sistema Remuneratório e Benef.	155.660 (1,64%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL—Eleições/Candidatos	52.757 (0,56%)
	2. DIREITO ELEITORAL—Eleições/Cargos	25.083 (0,26%)
	3. DIREITO ELEITORAL—Eleições/Propaganda Política - Propaganda Eleitoral	18.495 (0,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL—Eleições	7.583 (0,08%)
	5. DIREITO ELEITORAL—Partidos Políticos/Órgão de Direção Partidária	6.540 (0,07%)

<sup>55</sup> *Justiça em Números, 2017: ano-base 2016/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2017, p. 168.*

Assuntos mais demandados - Revista de 2018 (ano base 2017) - 1º grau:

Figura 3.<sup>56</sup>

**JUSTIÇA EM  
NÚMEROS**

Figura 160: Assuntos mais demandados, em 2017

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
	4. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)
Superiores	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	65.177 (0,13%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	18.325 (0,04%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	17.629 (0,03%)
	4. DIREITO PENAL–Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	16.641 (0,03%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	13.138 (0,03%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	680 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	467 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Furto	211 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	117 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar/Desacato e da Desobediência	117 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Pessoa/Lesão Corporal e Rixa	1.158 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	868 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Ato Processuais	666 (0,00%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar	457 (0,00%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Regime	454 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	489.280 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO– Organização Público–administrativa / Administração Pública/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.151.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	853.049 (1,68%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos	1.449.299 (2,85%)
	2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Cargos	993.706 (1,96%)
	3. DIREITO ELEITORAL–Eleições	608.892 (1,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Prestação de Contas	536.625 (1,06%)
	5. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	403.350 (0,79%)

<sup>56</sup> *Justiça em Números*, 2018: ano-base 2017/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2018, p. 180.

Assuntos mais demandados - Revista de 2018 (ano base 2017) - 2º grau:

Figura 4.<sup>57</sup>

Figura 161: Assuntos mais demandados no 2º grau, em 2017

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	717.983 (7,57%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	155.869 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	142.299 (1,50%)
	4. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	72.919 (0,77%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	72.794 (0,77%)
Militar Estadual	1. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	345 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Pessoa/Homicídio	301 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR–Parte Geral /Penas Acessórias	218 (0,00%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Jurisdição e Competência/Competência	199 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Pessoa	171 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	129.913 (1,37%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Pedidos Genéricos Relativos aos Benefícios em Espécie/Concessão	70.128 (0,74%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	69.909 (0,74%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	62.819 (0,66%)
	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	56.317 (0,59%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	562.660 (5,94%)
	2. DIREITO PENAL–Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	256.239 (2,70%)
	3. DIREITO DO CONSUMIDOR–Contratos de Consumo/Bancários	254.530 (2,69%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela / Tutela Específica	101.130 (2,02%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Servidor Público Civil/Sistema Remuneratório e Benefícios	155.660 (1,64%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos	52.757 (0,56%)
	2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Cargos	25.083 (0,26%)
	3. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Propaganda Política – Propaganda Eleitoral	18.495 (0,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL–Eleições	7.583 (0,08%)
	5. DIREITO ELEITORAL–Partidos Políticos/Órgão de Direção Partidária	6.540 (0,07%)

<sup>57</sup> *Justiça em Números*, 2018: ano-base 2017/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2018, p. 181.

Assuntos mais demandados - Revista de 2019 (ano base 2018) - 1º grau.

Figura 5.<sup>58</sup>

Figura 179: Assuntos mais demandados

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	3.750.967 (9,03%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	461.823 (1,11%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	396.521 (0,95%)
	4. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	296.616 (0,71%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	263.627 (0,63%)
Superiores	1. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Atos Processuais/Nulidade	46.587 (0,11%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Solidária / Subsidiária/Tomador de Serviços / Terceirização	44.260 (0,11%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	38.610 (0,09%)
	4. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	38.550 (0,09%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	26.180 (0,06%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	3.744 (0,01%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	1.884 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	1.488 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Furto	1.110 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar/Falsidade	853 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar	1.711 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	1.042 (0,00%)
	3. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Regime	491 (0,00%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO– Partes e Procuradores/Assistência Judiciária Gratuita	328 (0,00%)
	5. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO– Tutela Provisória/Liminar	287 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	787.728 (1,90%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	512.416 (1,23%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	228.115 (0,55%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Organização Político-administrativa / Administração Pública/FGTS/ Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	227.952 (0,55%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	219.636 (0,53%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	1.582.067 (3,81%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.554.376 (3,74%)
	3. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	860.228 (2,07%)
	4. DIREITO CIVIL–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	789.071 (1,90%)
	5. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	781.192 (1,88%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL–Alistamento Eleitoral	150.742 (0,36%)
	2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos	148.974 (0,36%)
	3. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	119.170 (0,29%)
	4. DIREITO ELEITORAL–Alistamento Eleitoral/Alistamento Eleitoral – Cancelamento	103.883 (0,25%)
	5. DIREITO ELEITORAL–Partidos Políticos/Prestação de Contas – De Exercício Financeiro	73.331 (0,18%)

<sup>58</sup> *Justiça em Números*, 2019: ano-base 2018/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2018, p. 205.

Assuntos mais demandados - Revista de 2019 (ano base 2018) - 2º grau.

Figura 6.<sup>59</sup>



Figura 180: Assuntos mais demandados no 2º grau

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	1.044.827 (13,91%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	218.851 (2,91%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	194.904 (2,53%)
	4. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	137.194 (1,83%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	85.607 (1,14%)
Militar Estadual	1. DIREITO ADMIN. OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	612 (0,01%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Regime	282 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR–Parte Geral /Penas Acessórias	147 (0,00%)
	4. DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR–Jurisdição e Competência/Competência da Justiça Militar Estadual	106 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar/Concussão, Excesso de Exação e Desvio	76 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	152.870 (2,03%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	75.126 (1,00%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	64.459 (0,86%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	64.064 (0,85%)
	5. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO– Partes e Procuradores/Sucumbência	48.996 (0,65%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	311.691 (4,15%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Contratos de Consumo/Bancários	159.538 (2,12%)
	3. DIREITO PENAL–Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	152.973 (2,04%)
	4. DIREITO CIVIL–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	97.550 (1,30%)
	5. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	90.707 (1,21%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Cargos	64.646 (0,86%)
	2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos	41.345 (0,55%)
	3. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Prestação de Contas	30.935 (0,41%)
	4. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Propaganda Política – Propaganda Eleitoral	12.942 (0,17%)
	5. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	6.910 (0,09%)

<sup>59</sup> *Justiça em Números*, 2019: ano-base 2018/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2018, p. 206.

Nos três anos em destaque, é possível observar em todas as tabelas, considerando 1º e 2º graus de jurisdição, que o assunto relativo a contratos (“Rescisão de contrato de trabalho” e “Obrigações/espécies de contrato”) tem sido muito demandado, tanto no âmbito da Justiça do Trabalho como em âmbito da Justiça Estadual na seara do Direito Civil.

A Justiça Estadual é a maior em número de unidades judiciária entre os ramos da Justiça e é responsável, segundo a revista do ano de 2017 (ano base 2016) do CNJ, por 65% de todo o Judiciário de 1ª instância (conforme imagem a seguir reproduzida) e se manteve assim pelos três anos de referência (de 2016 a 2018).

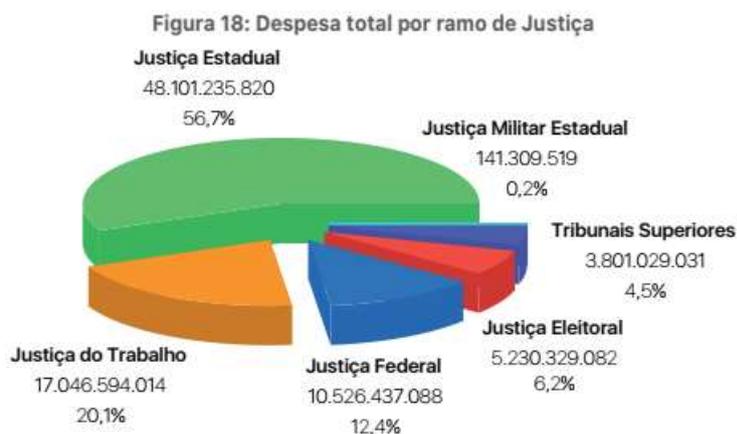
Figura 7: <sup>60</sup>



Segundo os números divulgados, a Justiça Estadual é também a que possui o maior gasto e se manteve nesse patamar entre 56,7% e 57,4% das despesas nos dados divulgados nas revistas em questão. Há que se observar que os altos salários dos magistrados e demais funcionários da justiça são um peso considerável nesse custo, porém, a necessidade de uma justiça estadual do porte que hoje existe para suportar a demanda anual de processos é realmente preocupante.

<sup>60</sup> *Justiça em Números*, 2017: ano-base 2016/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2017, p. 30.

Figura 8: <sup>61</sup>



Esse custo da Justiça Estadual refere-se a gastos, em sua maior parte, com recursos humanos (quadro de pessoal e encargos), custo esse necessário para manter o andamento dos processos que passam de milhões em andamento.

O judiciário recebe diariamente uma enorme quantidade de ações que discutem regras e cláusulas contratuais abusivas e gananciosas, e o fato de o assunto contratos ser discutido e rediscutido com frequência na justiça tanto em 1º, quanto em grau recursal, onera e muito o judiciário. Portanto, chama a atenção o que sugere a informação sobre a quantidade de demandas relativa à situação dos contratos, tanto em âmbito trabalhista quanto no âmbito cível. Porém, iremos aqui nos ater apenas na análise do quantitativo referente a demandas nos Tribunais Estaduais sobre a égide do Direito civil.

A Revista Conjur em seu artigo sobre “O impacto da cultura do litígio” relata que anualmente, 18% da população adulta brasileira recorre à Justiça na ânsia de terceiros resolver seus conflitos. Já as despesas para a manutenção da máquina judiciária ultrapassaram o patamar de R\$ 1 bilhão em 2019, ou seja, um quarto do valor gasto com toda a educação básica no mesmo ano.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> *Justiça em Números*, 2017: ano-base 2016/conselho nacional de justiça. Brasília: CNJ, 2017, p. 30.

<sup>62</sup> O impacto da cultura do litígio na sociedade brasileira: Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2020-out-27/andre-felix-cultura-litigio-sociedade-brasileira?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-out-27/andre-felix-cultura-litigio-sociedade-brasileira?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>, Acesso em 31 out. 2020.

Diante dos fatos que sugerem uma alta demanda, e evidências que as maiores demandas sejam no tema contratos, pretende-se analisar as características dos contratos na sociedade, como eles se desenvolveram, qual sua finalidade fundamental e por que, mesmo sendo um objeto de acordo entre partes interessadas, eles são motivo de um montante tão significativo de ações judiciais. O contrato, portanto, será o objeto desse estudo.

É possível verificar que existe uma demanda evidente sobre o assunto e que são necessárias coletas de dados estatísticos e cruzamento a fim de estabelecer as proporções das demandas levando em conta o universo e a população, porém este trabalho não se ateve especificamente ao estudo aprofundado destes dados.

## **2.2. O contrato na sociedade e sua legalidade**

Os contratos são instrumentos que estabelecem uma relação entre indivíduos que têm necessidades de produtos ou serviços de algum tipo, daí serem uma das ferramentas jurídicas mais antigas observada nas práticas sociais.

A palavra sociedade já traz em si a ideia de contrato, pois, a partir das relações que se estabelecem na formação dos grupos sociais, são criados vínculos e pactos para a execução de determinadas tarefas que tendem tanto a interesses individuais quanto a coletivos, e tornando-se cada vez mais complexas com a evolução dessas sociedades.

Segundo Maria Helena Diniz,<sup>63</sup> contratos são fontes de declaração da livre vontade na conformidade da ordem jurídica, ordem esta destinada a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes na criação de direitos. A lei deriva do fato, portanto o fato jurídico é a força de propulsão dos direitos subjetivos.

Os negócios jurídicos, quanto a seus efeitos, podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. Esses negócios jurídicos, quando derivados de acordo de vontades de duas ou mais pessoas, constituem objeto de estudo da teoria dos contratos, sendo assim caracterizados como bilaterais ou plurilaterais.<sup>64</sup>

Tais contratos podem ser caracterizados como simples quando concederem benefícios a apenas uma das partes e encargo a outra, como, por exemplo, a doação, a fiança, o depósito,

---

<sup>63</sup> Maria Helena Diniz, professora titular de Direito Civil, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na PUCSP nos cursos de Graduação e Pós-Graduação, Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela PUCSP.

<sup>64</sup> Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 29.

o mandato etc. Podem também ser sinalagmáticos quando conferirem vantagem e ônus a ambos os sujeitos, como os contratos de compra e venda, locação, troca, permuta, prestação de serviço e outros.

Sinalagma vem do grego e significa troca mútua, conferindo característica de prestação e contraprestação. É possível encontrar referência do termo *synállagma* no pensamento de Aristóteles no Livro V de *Ética a Nicômaco*, cap. 2 e 3, 1130b/1131a, capítulo que se dedica ao estudo do justo, se referindo à justiça relativa aos contratos, fazendo oposição ao aspecto distributivo:<sup>65</sup>

Dessa forma segundo o pensamento aristotélico o *synállagma* – o contrato – é a concretização da busca do justo meio, ou do exato meio termo, sem qualquer preocupação com os elementos subjetivos.<sup>66</sup>

Sendo assim, o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica que se destina a regulamentar interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar, ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Porém, não basta o mero acordo de vontades para a aquisição de um direito. Para que produza seus efeitos jurídicos, a análise do negócio deve passar pelos três planos: o da existência, o da validade, e o da eficácia, a chamada tricotomia do negócio jurídico.<sup>67</sup> Apesar de o *Código Civil* não ter adotado essa classificação, a compreensão desses termos é importante para o entendimento do assunto. A teoria, nesses termos, foi criada por Pontes de Miranda<sup>68</sup> e se designou denominar “tricotomia do negócio jurídico” ou “escada ponteana” conforme abaixo descrito.<sup>69</sup>

No 1º plano, o da existência, é necessária a análise dos elementos essenciais ao negócio jurídico: agente ou partes, vontade manifesta, objeto e forma. Sem estes, o negócio jurídico é inexistente.

---

<sup>65</sup> Fonseca, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, cap. I, item 5, p. 12.

<sup>66</sup> Fonseca, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, cap. I, item 5, p. 13.

<sup>67</sup> Aquino, Leonardo Gomes de. “Tricotomia do negócio jurídico (Pressupostos Fáticos do Plano da Existência e do Plano da Validade do Negócio Jurídico)”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6511](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6511)>. Acesso em 09 abr. 2019.

<sup>68</sup> Miranda, Pontes de. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. II, p. 379.

<sup>69</sup> Tartuce, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. Direito civil, v. 3. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2014, cap. 1, item 1, 4, p. 27.

No 2º plano, o da validade, os elementos acima ganham qualificações (aqui, aparecem os requisitos do sujeito ou subjetivos, requisitos do objeto ou objetivos, e requisitos da forma): agente capaz (devidamente representado ou assistido), vontade livre (sem vícios), objeto lícito (não contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa fé, possível, determinado ou determinável), e forma prescrita e não defesa em lei.<sup>70</sup>

Esses elementos de validade estão determinados no Art. 104 do Código Civil de 2002, apesar de não haver a menção da vontade livre,<sup>71</sup> a legislação civil no Capítulo IV - Dos defeitos do negócio jurídico, e V - Da invalidade do negócio jurídico, até o Art. 171, deixa claro que, diante de vícios da vontade, o negócio jurídico torna-se inválido e, portanto, nulo de pleno direito.

A vontade constante do plano da validade não pode ser qualquer uma e sim uma vontade manifesta, essa é a que interessa à ordem jurídica para a constituição do contrato válido e idôneo a produzir efeitos jurídicos. Tal vontade precisa ser declarada podendo ser expressa (escrita, falada ou exteriorizada de outra forma) ou tácita (por meio de atitude inequívoca) de acordo com o ordenamento legal: “[o] silêncio só significará anuência se as circunstâncias e os usos o autorizarem”.<sup>72</sup>

Já no 3º e último plano, o da eficácia, refere-se às consequências do negócio jurídico, suspensão e resolução de direitos e deveres que se relacionam diretamente com o contrato, tais como a condição, o termo e o encargo, regras de inadimplemento, juros, multa e cláusula penal, as possibilidades de término do contrato, a tradição, entre outros. Portanto, a eficácia determina as questões relativas às consequências e aos efeitos do negócio jurídico ou contrato.

A escada chamada ponteaniana estabeleceu uma relação lógica para a compreensão das relações contratuais, posto que um requisito depende do outro para determinar que o contrato tenha uma natureza jurídica específica.

---

<sup>70</sup> Observe o Art. 107 do C.C./2002,<sup>70</sup> princípio da liberdade das formas, salvo quando a lei expressamente exigir.

<sup>71</sup> Tartuce, Flávio. *Direito civil - Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v. 3, 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014, cap. 1, item 1, 4, p. 28.

<sup>72</sup> Tartuce, Flávio. *Direito civil - Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v. 3, 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014, cap. 1, item 1, 4, p. 28.

Observa-se também que, para exigir que determinado contrato se cumpra, é necessário saber quais são os princípios<sup>73</sup> que regem os contratos. Tais princípios são normas gerais que norteiam a existência, a validade e o cumprimento dos contratos. Cabe então atentar para os Princípios fundamentais do Direito Contratual:<sup>74</sup>

1. Princípio da autonomia da vontade – é o poder das partes de decidir ou estipular como lhes convir, de maneira que a lei não proíba;
2. Princípio da função social dos contratos – princípio que a lei determina, mas não define, e que pode declarar a nulidade de cláusulas ou de toda a avença;
3. Princípio da obrigatoriedade da convenção (a força obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda*);
4. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato – o negócio celebrado atinge apenas as partes, portanto não prejudica ou beneficia terceiros.
5. Princípio da boa-fé objetiva – tem como função estabelecer um padrão ético de conduta entre as partes na relação obrigacional.

O princípio da boa-fé é um instrumento para enfraquecer a ideia de que o contrato seja apenas um instrumento de satisfação dos interesses egoísticos de apenas uma das partes. Expresso no Código Civil nos Art. 422, 113 e 187,<sup>75</sup> ele significa uma regra de conduta, um dever de agir dentro de uma razoabilidade de conduta social. A principal consequência jurídica da função social dos contratos é a ineficácia de relações que acaba por ofender interesses sociais, a dignidade da pessoa.

Para as bases do contrato que hoje vigora na sociedade, as ideias dos filósofos gregos não serviram de base pois não eram individualistas no sentido de garantir a propriedade individual, já que pensavam no homem como essencialmente membro de uma comunidade. Portanto, é possível notar no livro *A República*, de Platão, que a preocupação era definir o que era a boa comunidade e não o bom indivíduo separadamente da comunidade, posto que os dois eram uma única coisa.

---

<sup>73</sup> Princípios como causa primeira, razão, conceitos que servem de base para a fundamentação jurídica.

<sup>74</sup> Tartuce, Flávio. *Direito civil - Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v. 3, 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 2014, cap. 2, itens 2.1 a 2.7.

<sup>75</sup> “BRASIL - LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002” Código Civil. In Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel* /– 23. ed. (Série Vade Mecum). São Paulo: Rideel, 2016, pp 166, 154, e 157.

Foi com os filósofos iluministas que o código civil francês foi buscar a fundamentação filosófica para seu posicionamento político e jurídico. Tais filósofos se preocuparam em exaltar o indivíduo e enfatizaram o direito de propriedade individual e a valorização do comércio e da indústria, na tentativa de igualar os homens. Não esquecendo que o motor humano da revolução iluminista foi uma classe que detinha o capital excedente de tudo que era produzido nos burgos, os burgueses, que pretendiam mudar o modelo político/econômico da época sustentado por um Estado Absolutista que cerceava a livre iniciativa econômica.

Mas, com o passar do tempo, a história demonstrou que a liberdade, entendida filosoficamente como direito de cada ser humano na prática, passou ao domínio das mãos de alguns poucos:

... de tal forma que a “liberdade contratual”, embasada no princípio da autonomia da vontade, pouco a pouco deixou de representar a liberdade do indivíduo abstratamente visto, para passar a ser um título nas mãos do detentor do poder econômico e empresarial emergente.<sup>76</sup>

O princípio da autonomia da vontade se transforma em um instrumento protetor do desenvolvimento da indústria que nascia e a cada dia mais crescia, passando a ser não mais a vontade individual, mas sim a vontade do empresário. Surgiram, assim, contratos elaborados exclusivamente por apenas uma das partes, cabendo a outra aceitar ou recusar de forma total. Esses contratos foram chamados de contratos de adesão, o que restringia a liberdade da faculdade de agir de uma das partes.

Em pleno ano de 2020, fica o questionamento se existe realmente a liberdade de não contratar, visto que alguns serviços no Brasil são prestados por uma única empresa e, para aderir a tal serviço, classificado por exemplo de “serviço essencial” – como fornecimento de luz ou água – é exclusivamente acessível através da aceitação de um contrato de adesão ao qual a população nunca tem acesso. Isso demonstra a tamanha fragilidade do exercício da liberdade que compõe a questão dos contratos.

Assim, em uma análise evolutiva do contrato, verifica-se que a denominação permaneceu, mas a relação agora tem a ver com a satisfação pura do interesse do mais forte e não mais com trocas. Desaparece, assim, o mundo idealizado dos iluministas no qual a vontade soberana do homem era a maior característica da racionalidade.

---

<sup>76</sup> Fonseca, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, cap. I, item 5, p. 19.

O sustentáculo ideológico do contrato, hoje, se mostra completamente diferente do idealizado inicialmente. Os contratos apareceram nessa nova roupagem e passam a ser adotados em massa para facilitar a nova forma de relacionamento na economia. Essa nova figura jurídica difere da teoria jurídica clássica que dava condições das partes discutirem entre si os termos do acordo e disponibilizava certa autonomia para contratar. Surge, então, o Contrato de Adesão.

O aumento das populações (a chamada civilização de massa) e a necessidade de uma prestação de serviço padronizada leva ao surgimento dessa nova modalidade, que torna inviáveis as negociações individuais. Esse fenômeno social da prestação em massa de serviços cria as condições para que, dentro dos contratos de adesão, as condições gerais de contrato encontrem a mais ampla possibilidade de criação de cláusulas abusivas, surgindo uma crise nos contratos e uma distorção entre a teoria e os fatos do direito contratual.

Rompe-se o sutil equilíbrio que antes existia, com a impossibilidade da autonomia da decisão e da discussão dos termos do contrato, para então surgir um instrumento de proteção ao empresário/industrial que passa a assegurar o aumento do poderio econômico da parte mais forte em detrimento da parte contratante e mais fraca, excluindo o risco do empresário e transferindo esse risco da atividade empresarial para o consumidor.

Na seara do Direito do Consumidor, encontram-se os contratos de seguro e contratos bancários, por exemplo, que inserem em seu bojo cláusulas limitativas de risco. São tantas e tão complexas as cláusulas nesses contratos de adesão, que se torna impossível ao indivíduo comum lê-las, e mais difícil ainda compreendê-las e discuti-las:

A concepção mística do contrato, presa ao mito iluminista da liberdade e da igualdade entre os indivíduos, deu ensejo a que se verificasse um verdadeiro hiato entre ela e a realidade, sujeita diretamente à força do fenômeno econômico.<sup>77</sup>

Apesar do volume vultoso de negócios feitos é necessário um ajuste entre o sacrifício realizado e a vantagem obtida para que a reciprocidade ocorra. A lei precisa, de alguma forma, expressar a reciprocidade para que as consequências reflitam nas relações contratuais e para que os órgãos judiciais possam identificar com mais clareza contratos iníquos, já que o endosso legal pode influir na razão de agir dos contratantes.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Fonseca, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, cap. II, item 3, p. 33.

<sup>78</sup> Zanitelli, Leandro Martins. “A reciprocidade nos contratos: uma análise expressivista”. In *Rev. Direito GV*, v. 7, n. 13, 2011, p. 179.

O Art. 421 do Código Civil de 2002, que em seu texto traz o seguinte comando pretendendo expressar equilíbrio: “[a] liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”<sup>79</sup> Aí vemos estabelecido o princípio da liberdade de contratar, mas também é possível identificar um comando para atenuar essa autonomia, comando que será ativado sempre que presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana (Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil) ficando em conformidade com a Constituição Federal de 1988, que possui um enfoque mais voltado para o social do que as constituições anteriores.

O Artigo 421 em questão deixa claro a existência da liberdade de contratar, mas ameniza essa liberdade imputando ao contrato uma função social como ponto de equilíbrio (ou freio). A função social do contrato visa promover uma justiça comutativa para que os acordos possam incluir a satisfação do interesse da contraparte.

Parece um contrassenso dar e retirar a liberdade ao mesmo tempo em um só comando, mas é possível entender melhor este contrapeso quando compreendemos que as relações sociais são regidas no Direito por um binômio direito/dever. Cada vez que um indivíduo pensar que possui direito a algo, deve parar para refletir se cumpriu o dever vinculado a este direito. Esse é o ensinamento que todo estudante de Direito recebe em seu primeiro período na universidade (ou ao menos deveria receber) na disciplina de introdução ao estudo do Direito. Além disso, em regra, ninguém pode se escusar de desconhecer a lei. O binômio anteriormente citado também é uma regra social que deveria ser de conhecimento obrigatório a todos.

Esse raciocínio que coloca em prática esse binômio direito/dever é o que leva o comando do Artigo 421 a expressar coisas que parecem antagônicas, mas que vão contribuir para a limitação do exercício da liberdade, assegurando assim que esse exercício não ultrapasse seus limites.

A liberdade é um bem tutelado em nosso ordenamento jurídico, mas a dignidade da pessoa humana é um bem que não pode ser atropelado pelo direito de liberdade de uma das partes poder fazer o que bem entende, possuindo a dignidade da pessoa humana um status de maior importância em detrimento do princípio da liberdade.

---

<sup>79</sup> BRASIL - LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002” Código Civil. In Angher, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel* /– 23. ed. (Série Vade Mecum). São Paulo: Rideel, 2016, p 166, .

A dignidade da pessoa humana é o princípio máximo do estado democrático de direito e está elencado no rol de princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.<sup>80</sup> Não nos delongaremos na explanação filosófica e axiológica deste princípio para não tornar demasiadamente cansativa a discussão, mantendo o foco nas questões que circundam o contrato.

Sendo assim, se a liberdade de contratar (de estabelecer cláusulas protecionistas) imputar vantagens excessivas, a dignidade da pessoa humana seria um critério seguro e mais objetivo para a aferição da existência do abuso de direito, não podendo o direito individual de se beneficiar levar todo um grupo a ter seus recursos à míngua na obtenção de algo de que necessita para viver.

Essa regra, porém, não invalida qualquer contrato de adesão, mas ao menos disponibiliza uma oportunidade de apreciação do caso pelo judiciário, já que não há como evitar que essa nova forma jurídica (contrato de adesão) ocorra entre as partes.

O Artigo 478 do Código Civil de 2002 também expressa a questão da onerosidade excessiva, o que é um freio expresso em lei aos contratos de adesão e de consumo. Tentar expressar a reciprocidade em lei no direito contratual pode evitar a inexecutabilidade dos contratos por seu conteúdo ao exigir demasiado da parte contratante, porque muitas vezes o sacrifício exigido é muito superior à vantagem obtida, forçando os contratos a uma adesão legal à determinada concepção de justiça contratual.

Moralizar os contratos necessitaria que as partes contratantes reconhecessem, por si mesmas, ideias de respeito, consideração e generosidade entre elas. Assim, reconhecer a necessidade de a lei expressar reciprocidade<sup>81</sup> é trazer equidade para as relações entre os cidadãos nas relações contratuais. Talvez esse seja o mecanismo que tornará mais equitativo os contratos, pois a simples determinação de liberdade para contratar faz com que a sede de poder dos mais fortes aflore e tenham na legislação livre acesso a ferramentas de coação e onerosidade excessiva sem cominação de sanção pela conduta não ter sido delimitada como delituosa.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal: 1988. Art. 1º, inciso III.

<sup>81</sup> Zanitelli, Leandro Martins. “A reciprocidade nos contratos: uma análise expressivista”. In *Rev. Direito GV*, v. 7, n. 13, pp. 177-196, 2011.

### **CAPÍTULO III. UM PARALELO ENTRE OBRIGAÇÕES LEGAIS DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E A MORALIDADE.**

O foco deste capítulo é a discussão sobre a justiça e a equidade nos contratos, partindo da análise dos questionamentos de Michael Sandel sobre acordos feitos em sociedade, com base nos conceitos de equidade, posição original e véu da ignorância trazidos por John Rawls.

O capítulo em questão tem o contrato como fonte de declaração da livre vontade, bem como a análise da possibilidade ou da impossibilidade de o contrato deixar de ser um tipo de relação exploratória, o que parece mesmo um desafio a se enfrentar considerando que essa relação é vista como uma relação predatória. Isso merece uma reflexão mais profunda devido aos impactos econômicos e sociais que a inobservância dos preceitos morais tem provocado na sociedade contemporânea.

A lei, sozinha, parece não conseguir fazer com que as relações estabelecidas no contrato sejam autônomas e justas o suficiente a ponto de não necessitar da intervenção do judiciário, com frequência para equilibrar e adequar tais relações. **É preciso estudar as questões idealizadas no campo da filosofia contratualista** a fim de verificar a possibilidade da aplicabilidade delas em realidades de menor escala, como, por exemplo, os contratos individuais nas sociedades. Não se trata somente do ideal teórico do contrato social das ideias acadêmicas no ramo da filosofia política, mas de todas as relações contratuais entre cidadãos e grupos sociais, que diariamente se desenvolvem em pequenas ou médias proporções.

#### **3.1. Questionamentos sobre a teoria da justiça de Rawls**

##### **3.1.1 A questão da equidade nos contratos em Michael Sandel**

Sandel observa que, ao nascermos, a impressão que temos é a de que tudo parece ordenado, as leis já estão prontas, o grupo que nos antecede parece, num aspecto geral, estar alinhado com as regras de convivência daquele local e tudo parece fluir naturalmente. A verdade é que há uma submissão automática ao nascer, e, ao chegar à maioridade, determinada nas leis do país em que se vive, não somos convocados para assinar nenhum documento que se pareça com um “contrato”, de modo que as pessoas fiquem cientes a quais regras estão aderindo. Portanto, o consentimento para com essa sociedade se dá de forma tácita e um tanto quanto desordenado, vago e impreciso com relação ao contrato estabelecido.

No Brasil, temos as leis que formam o arcabouço do país como *Código Civil* (de 2002), *Código Penal* (de 1940), Leis tributárias e até mesmo as leis mais praticadas no dia a dia como

o *Código de Trânsito Brasileiro* (de 1997, que define desde simples regras sobre de que modo o pedestre deve atravessar a via pública, se é ou não proibido buzinar em determinadas áreas da cidade, até regras de infrações que envolvam acidentes e a perda do direito de dirigir), ou *Código de Defesa do Consumidor* (de 1990).

Raríssimo é ouvir falar que um cidadão comum, não graduado no curso de Direito, tivesse conhecimento completo das leis que delimitam a ação em âmbito dos regramentos citados acima. Os cidadãos de nosso país nem mesmo são conhecedores da lei orgânica do município onde estabelecem residência, ou dos regimentos do condomínio onde moram, ou até dos contratos de internet ou telefonia dos quais se utilizam diariamente. Dificilmente ouvimos falar, por exemplo, de pessoas que estejam realmente cientes dos termos e condições de uso ao baixar aplicativos em seus aparelhos smartphones, ou mesmo ao iniciar o uso dessa ou daquela rede social.

Em geral, a existência de regras, termos de uso, leis, códigos, normas, não impede a completa alienação por parte do usuário. Seja pela falta de conhecimento da linguagem técnica, jurídica, pela baixa escolaridade que impede a compreensão do que trata o serviço, seja por não ser considerada a possibilidade de tratar direto com o fornecedor para negociar, porque não sabe da existência da regra ou até por indiferença para com esta. Nada disso contribui para que essas pequenas relações se constituam de forma concreta.

Sandel relata que, nos EUA, não há juramento para os lá nascidos, nem nenhum ato que deixe claro, de forma expressa que, de agora em diante, para obter a tutela desse Estado que te abriga e do qual a pessoa torna-se cidadã pelo nascimento, que ela tenha que cumprir tais ou quais leis e regras, respeitar tais ou quais limites para manter a harmonia social. O mesmo ocorre em qualquer regime político – democrático ou não – do mundo.

Sandel também questiona uma colocação feita por John Locke na obra *Dois tratados sobre o Governo*, que considera que o cidadão, ao aceitar usufruir dos benefícios de um governo, consente implicitamente em obedecer à lei. Mas essa forma implícita, afirma o professor de Harvard, é uma forma fraca de aquiescência.<sup>82</sup>

Sandel aponta que, em *Uma teoria da justiça*, John Rawls sugere um exercício individual subjetivo, mas que se aproxima melhor do conceito de justiça e de contrato socialmente instituído do que os outros anteriormente propostos. Trata-se de um exercício que

---

<sup>82</sup> Sandel, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*; Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo – 9ª edição. Rio de Janeiro: ed. Civilização Brasileira, 2012, p. 177.

coloca o indivíduo em uma situação hipotética, mas o faz de forma diferente dos outros contratos sociais já sugeridos em teorias anteriores.

Sandel entende que, de qualquer forma, o consenso seria muito difícil por sermos indivíduos de princípios diferentes para decidir em uma situação hipotética, e em grupo, sobre os princípios que regem um contrato social. Nossas diferenças sociais, econômicas, religiosas, étnicas, nossas experiências diferenciadas e inclinações dificultam o consenso:

Rawls raciocina da seguinte forma: suponhamos que estamos reunidos, como agora, para definir os princípios que governarão nossa vida coletiva – para elaborar um contrato social! Que princípios selecionaríamos? Provavelmente teríamos dificuldades para chegar a um consenso. (...) Mas até mesmo o consenso refletiria o maior poder de barganha de alguns sobre o dos demais. Não há motivos para acreditar que um contrato social elaborado dessa maneira seja um acordo justo.<sup>83</sup>

Sandel reflete se a experiência hipotética de Rawls é a maneira correta de abordar a questão da justiça, questionando como poderiam os princípios de justiça resultar de um acordo que jamais ocorreu de fato. Observando os limites morais dos contratos reais, é possível compreender a força moral do contrato hipotético de Rawls. Presume-se em geral que os contratos sejam acordos justos, mas na realidade não é isso que ocorre, não sendo, portanto, os contratos reais instrumentos morais autossuficientes: “[o] simples fato de você e eu termos feito um acordo não significa que ele seja justo.”<sup>84</sup>

Ele também deixa claro o risco de se optar pelo utilitarismo: raciocinando de forma a exercitar o véu da ignorância na posição inicial, e tendo em vista que a qualquer momento podemos estar em uma situação diferente da posição anteriormente ocupada – seja pela ocorrência de uma guerra ou por uma quebra econômica ou outra situação qualquer de revés –, o pensamento seria: “[p]osso vir a ser um membro de uma minoria oprimida. E ninguém se arriscaria a ser o cristão atirado aos leões para divertimento da multidão.”<sup>85</sup> O risco seria muito grande.

Sandel relata que, para avaliar se o acordo foi justo, partir do acordo em si não seria suficiente, então, é necessária uma referência independente de justiça. Mesmo que se reconheça que os contratos não tornam justos os termos que produzem, não significa que temos permissão

---

<sup>83</sup> Sandel, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*; pp. 177-178.

<sup>84</sup> Sandel, Michel J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*; p. 179.

<sup>85</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; pp. 178-179.

de violar os acordos como bem quisermos. O consentimento deve ser respeitado, mesmo que não seja a única coisa que importe para a justiça, mas por outro lado, ele pode não ser tão decisivo como se pensa.

Observando qualquer contrato podemos nos perguntar: “[s]erá que esse acordo foi justo?”<sup>86</sup> Nesse ponto, Sandel atenta que, para responder a essa pergunta, não podemos partir do acordo em si, mas precisaremos de alguma referência independente de justiça. Uma das partes pode ter uma melhor capacidade de negociar ou está em uma posição melhor para barganhar, ou até simplesmente saber mais sobre o valor do que está sendo negociado.

O reconhecimento de que os contratos não tornam justos os termos que produzem não devem torná-los inexecutáveis pela simples vontade de uma das partes. Há que se respeitar o consentimento dado pela parte, embora não seja a única coisa que importe para a justiça.

Ele também deixa a seguinte questão para a reflexão e debate sobre a moralidade dos contratos: “[o] consentimento pode criar uma obrigação por si só ou é preciso que haja algum elemento de benefício ou expectativa?”<sup>87</sup> Os contratos trazem autonomia e reciprocidade aos contratantes? Atos voluntários expressam autonomia e têm peso por serem impostos por nós mesmos, mas Sandel identifica que alguns acordos, mesmo voluntários, não trazem benefícios mútuos, não sendo o consentimento, na maior parte das vezes, suficiente para seu estabelecimento.

Coisas como autonomia e reciprocidade não podem ser negligenciadas e devem ser levadas em conta nesse debate, apesar de não se realizarem sempre de maneira perfeita:

Alguns acordos, ainda que voluntários não trazem benefícios mútuos. (...) Isso nos leva aos limites morais do consentimento: em alguns casos, o consentimento pode não ser suficiente para criar uma obrigação moral; em outros pode não ser necessário.<sup>88</sup>

A fraude e a extorsão podem ser os resultados indesejáveis de um acordo voluntariamente feito. Assim, propostas desleais feitas a pessoas com pouca noção do que circunda as reais necessidades da prestação do serviço ou do produto são questões que necessitam de medidas mais paternalistas para proteger a parte hipossuficiente (parte com menos expertise técnica) para que trocas voluntárias feitas através de ferramentas contratuais

---

<sup>86</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 180.

<sup>87</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 181.

<sup>88</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 182.

sejam efetivamente menos injustas. A falta de escrúpulos de uma das partes pode permitir grande vantagem para uma das partes quando a outra parte for ingênua ou tiver poucas condições de saber sobre o real custo do serviço. Nesses casos, o fato de o acordo ser voluntário não garante uma troca de benefícios compatíveis.

Muitos questionamentos são levantados por Sandel no capítulo 6 de seu livro *Justiça: O que é fazer a coisa certa*: quais são os limites morais do consentimento? O que foi acordado é justo? Para ele, “[u]m acordo em condições desiguais pode estar tão longe de oferecer benefícios mútuos que nem mesmo seu caráter voluntário pode sustentá-lo”.<sup>89</sup>

Em certas situações, o consentimento não é o que mais importa. Quando não se observa nenhum tipo de recusa ao benefício adquirido, pode-se receber o silêncio como forma de aceite tácito. Nesse caso, mesmo não havendo consentimento expresso (por escrito), mas uma das partes simplesmente não se negando a receber o benefício ofertado, se estabelece também uma forma de contrato.

Da mesma forma ocorre em relação ao aceite de determinado serviço sem a ocorrência de benefícios para a parte contratante ao fim da prestação. Esse tipo de acordo também é questionável. A falta da reciprocidade culminaria em uma dívida por parte do contratado? Esse é mais um dos questionamentos feitos pelo autor em seu capítulo 6.

Sandel observa que a força moral dos contratos se origina de dois ideais diferentes: autonomia (consentimento) e reciprocidade (ambas as partes sendo beneficiadas). Também faz parte do entendimento de Sandel que, em um acordo entre partes que tenham o mesmo nível de poder e de conhecimento, e se situem em patamar idêntico, ao fazer um contrato, os termos dessa negociação seriam justos. Um contrato assim não daria margem à coerção, ou à injustiça: “[u]m acordo não garante, por si só, que uma transação seja justa. Esse é o motivo pelo qual os contratos formais não são instrumentos morais autossuficientes”.<sup>90</sup>

Liberdades básicas iguais para todos, como liberdade de consciência e de pensamento, poderiam nos proteger contra os perigos de pertencermos a minorias étnicas, religiosas ou outras quaisquer. Sem essas liberdades básicas, seríamos oprimidos pela maioria. Por esse motivo, o sentimento de maximização do bem-estar levaria ao sacrifício de direitos fundamentais das minorias em troca de benefícios sociais e econômicos.

---

<sup>89</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 183.

<sup>90</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 187.

### 3.1.2 Os princípios de justiça na visão de Sandel

Enquanto Rawls se preocupa em saber se a arrecadação de impostos sobre a renda do mais rico é geradora de contraprestações que visem melhorar a vida dos indivíduos menos favorecidos daquela sociedade, Sandel questiona sobre qual nível de igualdade é requerido para que o princípio da diferença seja válido, e por consequência até que ponto uma certa desigualdade seria aceitável.<sup>91</sup>

Rawls questiona a distribuição de riqueza de acordo com o nascimento, ou seja, a arbitrariedade moral. Ele crê que não se pode considerar meritória a sorte relativa à situação determinada pelo nascimento e o resultado que essa vantagem ou desvantagem determina. Permitir que todos participem de uma corrida é importante, mas permitir que os corredores iniciem a corrida de pontos de partida diferentes realmente não seria justo.<sup>92</sup> Por isso, o nascimento, tanto para Sandel quanto para Rawls, é algo contingente, um fator arbitrário do ponto de vista moral. Seria, portanto, arbitrário do ponto de vista moral falar-se em justiça quando os indivíduos começam de pontos diferentes nas oportunidades, alguns em grandes vantagens e outros em grandes desvantagens. O desenvolvimento desuniforme das aptidões leva a resultados injustos ao fim do processo.

Sandel também discute uma possível tirania do igual na busca de corrigir a distribuição desigual das aptidões pelo princípio da diferença, e a necessidade de compartilhar os resultados com aqueles que têm menos dotes.<sup>93</sup> O medo que traz o pesadelo igualitário é o de se permitir que pessoas que possuem mais aptidões sejam limitadas e impedidas de exercerem seus dons em nome de uma tirania igualitária disfarçada de equidade. Sandel faz possíveis projeções para o comportamento dos que têm mais ou menos aptidões, considerando o princípio da diferença. Se a diferença de rendimentos advindos dos talentos só for permitida caso beneficie os menos favorecidos (como pretende Rawls) será que os menos favorecidos vão decidir se esforçar menos, já que há uma previsão da partilha dos resultados dos que têm mais, prevendo um ganho certo sem ter de se esforçar em desenvolver suas próprias habilidades?<sup>94</sup> Se os impostos forem altos em demasia ou os salários muito pequenos, quem garante que os mais talentosos não escolherão profissões que tenham um grau menor de responsabilidade ou profissões nas quais tenham de trabalhar e se dedicar menos?

---

<sup>91</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 190.

<sup>92</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 191.

<sup>93</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 194.

<sup>94</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 195.

No caso do esforço, levando-se em conta que Sandel afirma que, se algo tão moralmente arbitrário como a ordem do nascimento pode influenciar nossa tendência a trabalhar com mais afinco e nos empenhar conscientemente, Rawls pode ter razão quando diz que nem mesmo o esforço pode ser um fator determinante do mérito.<sup>95</sup> Até mesmo nossas capacidades e habilidades não podem ser consideradas mérito na medida em que não somos responsáveis pelo fato de que uma determinada sociedade valorize tal ou qual aptidão. Isto quer dizer que pode ser uma boa coisa você ter habilidades em informática em um país que precise de profissionais voltados para essa área, mas em um país onde os empregos são fundamentalmente voltados para atividades de força física, sua habilidade (que lhe parece um dom) não lhe trará vantagens “na corrida da vida”. Por isso, até mesmo nascer em um país onde suas habilidades são valorizadas não é uma questão relacionada a mérito.

Sandel aponta que, em sua obra, Rawls argumenta que a justiça distributiva não seria uma questão de recompensar a virtude ou o mérito moral. Ela pretenderia atender às expectativas legítimas, uma vez que os princípios de justiça estabeleçam os termos da cooperação social. Então Rawls repudia o mérito moral como fundamento da justiça distributiva pelo fato de os talentos que coloquem a pessoa em uma situação privilegiada numa competição não serem exata e completamente mérito dessa pessoa e pelo fato de ser uma contingência numa sociedade que valoriza aquela qualidade naquele momento.<sup>96</sup>

### 3.1.3 Livre mercado ou liberdade para abusar?

O debate relativo ao abuso de preços em situação ou não de emergência gira em torno de ideias de bem-estar, de respeito à liberdade e promoção das virtudes, e cada uma dessas ideias aponta para uma forma de pensar a justiça. Hoje, fala-se muito na questão do bem-estar equiparado a aspectos econômicos, embora o bem-estar seja um conceito muito mais amplo, podendo incluir aspectos sociais e não econômicos. Ao deixarmos livre a decisão do valor de uma mercadoria ou de um serviço, pessoas escolhem por si o valor do que compram e vendem. Preços exorbitantes podem contribuir para o bem-estar da sociedade como um todo em momentos de dificuldade? A sobrecarga que tais preços impõem sobre aqueles que necessitam adquiri-los e sobre pessoas com condições mais modestas pode constituir uma dificuldade real na busca da segurança.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 197.

<sup>96</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 200.

<sup>97</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 14.

A discussão sobre o bem-estar leva em consideração estimativas de dor e sofrimento e sofrimento de quem é obrigado a pagar mais por necessidades básicas em momentos de emergência. Adquirindo sob um tipo de coação aquilo de que mais necessita para suprir necessidades básicas, nesse caso a liberdade do mercado vai na direção da possibilidade de coagir ou extorquir aquele que tem necessidade de consumir determinado produto ou serviço.<sup>98</sup>

Não é possível dizer que uma pessoa que precise de um medicamento e tenha que pagar por ele o valor equivalente a 5 meses de seu salário para se manter vivo (no caso de transplantados, ou cardiopatas etc.) faça uma escolha ao comprar a altos preços.

Para avaliarmos se ocorre um abuso no preço do produto ou se isso é simples liberdade do mercado, há que se considerar uma discussão sobre a relação entre bem-estar e liberdade. A revolta dos cidadãos pelo abuso dos preços coloca em questão argumentos morais que precisam ser considerados. Sandel diz que o ultraje é um tipo de raiva quando se sente que alguém está lucrando em demasia por algo que não merecia, uma raiva causada pelo sentimento de injustiça.

A ganância leva indivíduos a obter lucros exorbitantes e vantagens de alguém que passa por algum tipo de necessidade ou sofrimento. A ganância, portanto, é um defeito moral, um mau proceder que demonstra indiferença e desrespeito ao sofrimento alheio e se contrapõe à virtude cívica. As pessoas deveriam se manter unidas em momentos de dificuldade, em vez de pressionarem para obter cada vez mais vantagens: “[a] ganância excessiva é, portanto, um vício que a boa sociedade deve procurar desencorajar, na medida do possível.”<sup>99</sup> Ocorre que o argumento da virtude envolve julgamento de valores e preferências populares. Então, até que ponto os consumidores estão livres e não coagidos? Onde estão as regras do que seja virtude ou vício? E a noção de bem-estar: onde podemos encontrá-la? Os grupos sociais dentro de um mesmo país divergem quanto a esses conceitos.

É visível a revolta que algumas pessoas demonstram ao identificarem o abuso de certos preços, passando a sentir-se ultrajados quando os vendedores ou prestadores de serviço exigem coisas que não merecem por intermédio de uma ganância predadora que se aproveita da miséria humana.<sup>100</sup>

Esse dilema é intrínseco a grandes questões da filosofia política. Fica então a pergunta: se sociedades justas devem promover a virtude de seus cidadãos, se a lei deveria tratar desse

---

<sup>98</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 15.

<sup>99</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 16.

<sup>100</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 15.

tema, ou se o certo seria deixar os cidadãos livres para fazer suas escolhas sobre a melhor forma de viver.<sup>101</sup>

Em sua obra, Sandel afirma que “Aristóteles sustenta que não podemos imaginar o que é uma Constituição justa sem antes refletir sobre a forma de vida mais desejável”.<sup>102</sup> Em contrapartida, a tradição que vem de Kant até Rawls afirma que os princípios que devem reger uma sociedade não devem se basear em uma concepção particular de virtude ou de uma melhor forma de vida, e que a concepção de melhor vida deve ser escolhida de forma livre por cada indivíduo.

Na Antiguidade, a justiça se referia à virtude, enquanto na atualidade se baseia na liberdade, mas até que ponto essa liberdade de uns não estaria coagindo e subjugando outros? As pessoas não deveriam ser usadas como meros instrumentos para a obtenção do bem-estar alheio. O direito de proteção à vida não pode ficar à disposição da sociedade como um todo, e um mercado com poderes irrestritos acabaria por permitir que esses direitos fossem violados.

A alternativa que Immanuel Kant trás para a questão dos direitos e deveres é uma das mais influentes já formuladas por filósofos. Ele parte da ideia de que somos seres racionais merecedores de dignidade e respeito: “Kant argumenta que a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade. Ele afirma, ao contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas.”<sup>103</sup>

Em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant levanta uma importante questão sobre qual é o princípio supremo da moralidade, que leva a outra importante pergunta sobre o que vem a ser liberdade. Com a tentativa de investigar essas questões, Kant acaba influenciando o pensamento contemporâneo sobre moral e política.

Kant atribui importância à dignidade humana e às concepções que atualmente são definidoras dos direitos humanos universais, além de seu conceito de liberdade figurar nos debates sobre justiça na contemporaneidade. No utilitarismo, o conceito de justiça se relaciona com a maximização do bem-estar ou da felicidade da maioria, ou, em uma segunda abordagem, associa a justiça à liberdade, entendendo que regular o mercado seria injusto.

Kant não é adepto do utilitarismo, e repudia o fato de que o resultado “felicidade” possa ser determinado por um cálculo que pode tornar direitos vulneráveis. Na concepção dele, guiar o cálculo de maximização da felicidade pelo fato de proporcionar o prazer ou de diminuir a dor

---

<sup>101</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 17.

<sup>102</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 17.

<sup>103</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 137.

da maior parte das pessoas seria tratá-las como meio e não como fins em si mesmas, visto que o prazer não é uma coisa que se escolhe, sendo, portanto, um fator contingente. Uma ação moral baseada em um cálculo, portanto, não pode ser considerada correta. O fato de que muitas pessoas sintam prazer/felicidade com determinada conduta não quer dizer que ela seja uma conduta justa.<sup>104</sup> Basear os princípios morais em preferências e desejos seria um entendimento equivocado do que viria a ser moralidade. Por isso, fundamentar a moralidade em interesses e preferências destruiria a dignidade do ser humano, e, portanto, não ajudaria a diferenciar o certo do errado. Bancar o mais esperto não é uma ação moral:

O princípio utilitarista de felicidade “não traz nenhuma contribuição para o estabelecimento da moralidade, visto que fazer um homem feliz é muito diferente de fazer dele um homem bom. Torná-lo astuto não quer dizer torná-lo virtuoso.”<sup>105</sup>

Segundo Sandel, para Kant, somos merecedores de respeito não por sermos autônomos, mas por termos capacidade de pensar, de sermos racionais, e também autônomos na capacidade de agir e escolher livremente, mesmo que não seja sempre possível agir com tal autonomia. Seria um agir meramente animal e irracional se nos guiássemos apenas por nossos apetites e desejos, visto que não os escolhemos racionalmente. Para Kant, liberdade não é fazer o que se quer de forma ilimitada, buscando o prazer e evitando a dor. Isso não seria ser livre, mas sim ser escravo de nossos apetites e desejos, por serem externos ao indivíduo, pois advindos da natureza.<sup>106</sup>

Agir livremente, então, não seria escolher a melhor forma de atingir certa finalidade, seria escolher o fim em si. Assim, deixamos de ser instrumentos de desígnios externos, estabelecendo a diferença entre pessoas e animais. Isso torna o respeito à dignidade humana uma exigência de tratar as pessoas como fim em si mesmas e não como meio. De acordo com Kant, o valor moral da ação não se relaciona com suas consequências, mas com suas intenções, importando, portanto, o que motiva a ação: “[o] que importa é fazer a coisa certa por que é a coisa certa, e não por algum outro motivo exterior a ela”.<sup>107</sup>

Assim, reafirma Sandel, se nossa ação for pautada em interesses próprios, tal ação não terá valor moral. A ação deve ser, segundo Kant, pautada no dever, mas ele não especifica quais

---

<sup>104</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, pp. 138-139.

<sup>105</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 139.

<sup>106</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 140.

<sup>107</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 143.

são esses deveres, e tenta por meio de exemplos demonstrar que quem age para preservar seus próprios interesses, ou para adquirir benefícios promove atos sem valor moral. As ações só teriam valor se o ato fosse feito porque é o certo a se fazer, e não por ser útil ou conveniente.<sup>108</sup>

O pensamento de Kant vai além e parece contrariar o bom senso quando considera a distinção entre o fato de ajudar alguém por dever e por prazer. Kant afirma que uma boa ação, quando feita por ser uma ação prazerosa, é desprovida de valor moral, e somente se encaixa em uma ação moral quando é feita por dever. Kant não era contrário às ações movidas por compaixão, mas deixa claro a diferença entre o que move os dois tipos de ação.<sup>109</sup>

Se a moralidade está pautada na ação pelo dever, necessário saber no que consiste o dever, e por consequência entenderemos o princípio da moralidade. Para tentar achar a resposta a essas questões, Kant faz uma relação entre moralidade, liberdade e razão.

Na disputa entre autonomia e heteronomia, a lei que dá origem à capacidade de agir livremente provem da razão autônoma. Sandel explica que, na visão de Kant, a razão não governa o tempo todo a vontade, apenas que, na medida em que somos capazes de agir livremente, de acordo com leis que eu mesmo me impus, sou capaz de agir livremente. A razão pode, então, governar as vontades. Kant dá um caráter rigoroso às concepções de liberdade e moralidade: “[n]ão somos apenas seres sencientes, que obedecem aos estímulos de prazer e dor que recebemos dos nossos sentidos; somos também seres racionais, capazes de pensar”.<sup>110</sup>

A razão não é simples instrumento, nem é somente escrava das paixões. O conceito de razão prática pura, que se relaciona com a moralidade, não é o de uma razão instrumental, mas de uma razão prática pura que cria suas leis a priori, a despeito de objetivos empíricos.

As duas possibilidades pelas quais a razão pode direcionar à vontade seria por dois tipos de imperativos: o imperativo hipotético e o categórico.<sup>111</sup> O Imperativo hipotético usa a razão instrumental e é condicional, já o imperativo categórico é incondicional:

“Se a ação for boa apenas como meio para atingir uma determinada coisa”, escreve Kant, “o imperativo será hipotético. Se a ação for boa em si, e, portanto, necessária para uma vontade que por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo, nesse caso, será categórico.”<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 146.

<sup>109</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 147.

<sup>110</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 150.

<sup>111</sup> Kant, entende a palavra “categórico” por “incondicional” e não meramente enfático.

<sup>112</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 151.

O imperativo categórico é um dever que deve prevalecer em quaisquer circunstâncias, e não ser movido por nenhuma expectativa de atender a desejos pessoais. Este imperativo deseja que nossa ação seja derivada de uma lei prática que tenha comando absoluto, uma lei universal. Isso significa que nossas ações precisam estar de acordo com princípios que possamos universalizar sem entrar em contradição.<sup>113</sup> Esse argumento sobre a universalização da conduta não está preocupado com consequências negativas que pudesse acarretar. Uma ação não é moralmente errada porque trará consequências ruins em uma visão pessoal, mas sim porque essa ação foi movida por um sentimento de satisfazer uma necessidade ou desejo pessoal. Sendo assim, o teste da universalização da conduta nos ajuda a refletir sobre se o que se está fazendo coloca nossos interesses acima dos de qualquer outra pessoa. Não se pode fundamentar a lei moral em interesses, propósito ou objetivos particulares.

Para Kant, a diferença fundamental entre pessoas e coisas é que o homem possui um fim em si mesmo e não é meramente um meio que possa ser usado de forma arbitrária por vontades que oscilam todo o tempo. Seres racionais são mais do que coisas, posto que possuem dignidade e são merecedores de respeito.<sup>114</sup>

Portanto, agir moralmente, para Kant, significa agir por dever em obediência à lei moral, lei esta que consiste em um imperativo categórico que exige que tratemos as pessoas como fim e não como meio, desistindo de agir por interesses e objetivos externos.

A noção de liberdade em Kant nos torna parte do mundo inteligível, reconhecendo que agimos na autonomia da vontade quando agimos racionalmente, tendo como consequência a moralidade, porque o instinto força os seres a satisfazer as inclinações, desejos e necessidades, o que é oposto à liberdade. Mas não habitamos só o mundo inteligível, habitamos também o mundo sensível:

Se fôssemos apenas seres racionais, sem nos submeter às leis e necessidades da natureza, todos os nossos atos “seriam invariavelmente coerentes com a autonomia da vontade”. Já que somos parte de ambos os domínios – o da necessidade e o da liberdade – existirá sempre uma lacuna potencial entre o que fazemos e o que devemos fazer, entre como as coisas são e como deveriam ser.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 152.

<sup>114</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 154.

<sup>115</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 161.

Sandel entende que a ciência pode investigar a natureza e indagar sobre o mundo empírico, mas não pode responder a questões morais ou negar o livre-arbítrio.

#### 3.1.4 O justo e o útil.

Em seu trabalho, Kant repudia o utilitarismo não somente como base para a moralidade, mas também como base para leis:

Em seu entender, uma Constituição justa tem como objetivo harmonizar a liberdade de cada indivíduo com a liberdade de todos os demais. Isso nada tem a ver com a maximização da utilidade, que “não deve em hipótese alguma interferir” na determinação de direitos básicos. Já que as pessoas “têm visões diferentes da finalidade empírica da felicidade, e em que ela consiste”, a utilidade não pode ser a base da justiça e dos direitos... Porque basear os direitos na utilidade exigiria que a sociedade afirmasse ou endossasse uma concepção de felicidade em detrimento de outra.<sup>116</sup>

Na teoria de Kant, ninguém deve obrigar ninguém a ser feliz segundo sua concepção de bem-estar, tendo o direito de buscar livremente desde que não infrinja a liberdade de outros. Sua teoria fundamenta a justiça e os direitos em um contrato social, porém ele vê o contrato de uma outra forma. Mesmo fundamentado por um legítimo governo, não devemos presumir que tal contrato exista realmente, pois em sua visão seria impossível, sendo, portanto, um contrato imaginário.

Sandel questiona por que devemos fundamentar uma Constituição justa em um contrato imaginário, em vez de em um contrato real. Uma das respostas é que, por uma razão filosófica, princípios morais não podem derivar de fatos empíricos. O mesmo ocorreria com a lei moral, que não deveria ter como base interesses ou desejos individuais.

Mesmo que um grupo de pessoas no passado tenham se reunido para elaborar uma Constituição, não quer dizer que ela seja justa. Kant chama esse contrato imaginário de “uma ideia da razão” que possui inegável realidade prática, podendo forçar o enquadramento das leis de forma que se encaixe no proceder unânime dos cidadãos, como se eles tivessem concordado com ela. Dessa forma, sentir-se-ão impelidos a respeitá-la, positivando o consenso coletivo e dando legitimidade a ela. Sandel relata que Kant não nos diz como seria esse contrato

---

<sup>116</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 171.

imaginário, ou que princípios de justiça ele formaria. Mas que “[q]uase dois séculos mais tarde, um filósofo político americano, John Rawls, tentaria responder a essas perguntas”.<sup>117</sup>

Como foi possível verificar, esses são os fundamentos do direito moderno, as instituições que existem são em sua maior parte originadas desses conceitos kantianos, e Rawls em sua teoria carrega e dá continuidades a todos eles.

O desafio está em fazer com que esses conceitos que fundamentam o direito saiam do arcabouço teórico para serem aplicados nas práticas diárias individuais, nos pequenos contratos executados no dia a dia dos cidadãos. Entender como seria possível forçar determinada conduta na execução de atos como atravessar a rua, ou, diante da aceitação e uso de aplicativos para smartphone, ou ainda sobre buzinar ou não em determinados locais da cidade, ou, o mais complicado: como forçar que a outra parte, fornecedora do produto ou serviço, cumpra o contrato que ela mesma estipulou e impôs unilateralmente nos casos dos contratos de adesão? Isso é um grande desafio.

### 3.1.5 Sobre a república procedimental e o eu esvaziado.

Em 1984, Michael Sandel se debruça sobre os assuntos que circundavam temas sobre a justiça, e visivelmente interessado na obra de John Rawls intitulada *Uma teoria da Justiça*, produz, pela universidade de Harvard, o artigo denominado “A república procedimental e o eu esvaziado”.<sup>118</sup>

Visivelmente preocupado em ajustar a teoria à prática, Sandel tenta deixar claro que, apesar de a filosofia política parecer por vezes irrealizável, ela é também inevitável para pensar o mundo desde o início dos tempos, posto que as instituições que hoje existem são baseadas nas teorias formuladas ao longo dos séculos. Assuntos como o valor da justiça e a natureza de uma boa vida são questões que produzem ainda dúvidas e incertezas na busca de soluções dos problemas atuais.

Nesse trabalho, ele investiga a resposta (ou respostas) do que se vive na América em seu tempo, como a Filosofia Política implica nas práticas e instituições e de que forma as tensões na filosofia se expressam na política de sua época. Para ele, seria um erro buscar achar uma única filosofia utilizada como resposta aos questionamentos sociais nesse período, e afirma que há mais de uma resposta, e essa pluralidade é a teoria que se propõe explorar.

---

<sup>117</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 172.

<sup>118</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In *Political Theory*, 1984, Vol. 12, nº 1, pp. 81-96.

Considerando inicialmente uma visão moral e política que dá lugar à justiça e aos direitos individuais, a tese principal dessa visão moral e política é a de que uma sociedade justa busca não promover fins particulares, permitindo que seus cidadãos busquem seus próprios fins.

De modo que todos tenham liberdades semelhantes, a maximização do bem-estar geral não é um princípio de justificação dessa sociedade e nem mesmo a virtude ou a promoção do que seja o bem, mas uma questão moral dada antes de se saber o que seja o bem e independente dele:

Esse liberalismo diz, em outras palavras, que o que justifica a sociedade justa não é o *télos* (finalidade), o propósito ou o fim a que se destina, mas, precisamente sua recusa em escolher antecipadamente os objetivos e fins concorrentes. Em sua constituição e em suas leis, a sociedade justa procura fornecer uma estrutura na qual seus cidadãos possam perseguir seus próprios valores e fins, consistentes numa liberdade similar a outras.<sup>119</sup>

Nessa teoria, primeiro entende-se que direito é anterior ao bem, não podendo os direitos individuais serem sacrificados em prol do bem geral, e depois, que os princípios de justiça que especificam os direitos não podem basear-se em visões particulares de boa vida.

Apesar do poderoso apelo filosófico, a tentativa de priorizar o direito sobre o bem, segundo Sandel, fracassa. Apesar de ter fracassado filosoficamente, essa é uma visão liberal que vigora nas práticas sociais atuais em se tratando da América:

A ética liberal afirma a prioridade do direito e insere princípios de justiça que não pressupõem nenhuma concepção particular do bem. É isso que Kant quer dizer com supremacia da lei moral, e o que Rawls quer dizer quando escreve que “a justiça é a primeira virtude da justiça social”, é mais do que apenas outro valor. Ela fornece a estrutura que regula o jogo de valores e fins concorrentes. Deve, portanto, ter uma sanção independente desses fins, mas não são instituições.<sup>120</sup>

A ética de Kant rejeita que a fundamentação de uma teoria de justiça faça da justiça um instrumento de fins utilitários, visto que pessoas diferentes tipicamente têm desejos diferentes,

---

<sup>119</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 82.

<sup>120</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 83.

por isso princípios derivados de diferentes concepções seriam contingentes (aleatórios). As pessoas ainda não têm o mesmo entendimento do que seja felicidade, por isso essa também não seria uma justificativa que determinasse de forma categórica o fundamento. Na teoria kantiana, agir de acordo com nossas inclinações e desejos não é se autogovernar, é atender a questões contingentes, afinal de contas, não se escolhe ter desejo por algo. Isso não seria governar a nós mesmos. O conceito referente ao que é liberdade seria a autonomia em nos governarmos. Então, qual seria a base antes de todos os propósitos e fins particulares, não condicionada por circunstâncias da natureza, em que houvesse uma liberdade semelhante para todos? Kant responde que essa base seria o dever.

Esse dever se fundamentaria em um imperativo categórico que obrigasse a fazer algo não por um resultado ou por uma vontade, mas por um dever de se fazer o correto em qualquer circunstância. Essa seria a lei moral, a exigência rigorosa da ética kantiana, e a base dessa lei moral se encontraria no sujeito e não no objeto da razão prática.<sup>121</sup> Seria uma lei que damos a nós mesmos, e não que decidimos fazer por ansiar obter algo ao fim. Mas será que somos capazes, todos, de exercitar a pura razão prática? Se não somos autônomos posto que subordinados a algo externo, ou que vem da natureza, essa subordinação nos transforma em seres heterônomos. Essa autonomia baseada na razão e no dever faria com que tratássemos as pessoas como fim e não como meio. Em busca de uma opção para esse sujeito transcendental que exige a teoria de Kant, Rawls o substitui por uma metafísica domesticada mais agradável ao gosto anglo-americano e, assim, surge a ideia de posição original.

Essa posição original sugere os princípios que escolheríamos para governar nossa sociedade, escolhidos com antecedência, antes de saber quem seríamos, que lugar na sociedade ocuparíamos, qual a camada social participaria, se seríamos fortes ou fracos, prósperos ou míseros, sem sabermos do que gostamos ou nossa afinidades, e principalmente sem concepções de bem. Essa posição pressupõe uma certa imagem de pessoas, um eu esvaziado:

...Somente se o eu é anterior a seus fins, o direito pode ser anterior ao bem. Somente se minha identidade nunca estiver atrelada aos objetivos e interesses que eu possa ter em qualquer momento, posso pensar em mim como um agente livre e independente, capaz de escolher.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Sandel, Michael J. "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", p. 84.

<sup>122</sup> Sandel, Michael J. "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", p. 86.

Mas esse tipo de independência pensado para a posição original de Rawls não está de acordo com a sociedade que temos hoje, pois onde fica nossa liberdade de fazer parte de determinados grupos ou associações? É negado ao eu esvaziado essa possibilidade de pertencer a algo, de se vincular por laços morais a determinadas escolhas. O eu esvaziado não pode pertencer a comunidades, nem desenvolver identidade ou interesses, e assim está também impedido de se engajar e participar de uma experiência de cidadania mais completa.<sup>123</sup>

Em relação à justiça e à comunidade, Sandel demonstra que Rawls critica o utilitarismo por procurar maximizar o bem-estar geral e tratar a sociedade como um todo, como se fosse uma só pessoa fundindo nossos muitos e diversos desejos. O raciocínio que direciona ao princípio da diferença é que diz que não posso dar vazão a benefícios que são acidentais como minha boa aparência ou a situação econômica de minha família, que não sendo fatos que escolhi, são acidentais e, portanto, não posso dar razão à reivindicação de merecimento. O eu esvaziado vale para todos e impede que eu reivindique vantagem com base em contingências.

Mas o argumento que sustenta o princípio de diferença perde o embasamento com a existência do eu esvaziado, pois se os ativos que o indivíduo possui são dele acidentalmente e ele não possui vínculo nenhum com essa sociedade e ainda, se o princípio de diferença, para se estabelecer, reivindica relações de confiança, ativos comuns nessa sociedade, laços que o eu esvaziado não permite ter, cai por terra o pressuposto do vínculo moral e a obrigação de compartilhar resultados:

...E se a arbitrariedade deles comigo os tornam inelegíveis para servir aos meus fins, então parece não haver uma razão óbvia pela qual a arbitrariedade deles em qualquer sociedade em particular não os torne inelegíveis para servir também aos fins da sociedade.

Em outras palavras, o princípio da diferença, como o utilitarismo, é um princípio de compartilhamento. Como tal, deve pressupor algum vínculo moral prévio entre aqueles cujos bens ele empregaria e cujos esforços envolveria um empreendimento comum.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 87.

<sup>124</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 89.

Aqueles com quem se deve compartilhar resultados não são participantes do modo de vida com o qual é compartilhado, submetendo assim o princípio da diferença às mesmas objeções que o utilitarismo. Este princípio prescinde de identidade e precisa demonstrar como somos endividados uns com os outros e, por isso, moralmente comprometidos, diz Sandel. São os vínculos negados ao eu esvaziado que justamente situariam o ônus normativo e obrigações antecedentes que dariam prioridade ao direito. Nossa identidade está ligada a nossas forças e apegos. Não podemos sem custos abrir mão de particularidades, da pessoa que somos como família e como comunidade, portadores de uma história, parte de nosso país. Tudo isso vai além das obrigações em que se incorre voluntariamente. Tais compromissos definem parcialmente a pessoa que somos:

Imaginar uma pessoa incapaz de apegos constitutivos como esses não é conceber um agente idealmente livre e racional, mas imaginar uma pessoa totalmente sem caráter, sem profundidade moral. Pois ter caráter é saber que eu me movo em uma história que não convoco nem ordeno, o que traz consequências para minhas escolhas e conduta. Isso me aproxima de alguns objetivos e me distancia de outros.<sup>125</sup>

E assim a ética liberal coloca o eu além do alcance de sua experiência.

### 3.1.6 A república procedimental

Considerando o Estado-nação a forma mais primária de associação política, a tentativa de Sandel em responder é um desafio que põe em questão o status da filosofia política com sua relação no mundo. Sandel inicia indicando um paradoxo na relação do cidadão com o estado de bem-estar moderno. Ele relata que, no momento em que o artigo era produzido, havia um projeto liberal que se solidificava desde o New Deal até aquele momento, mas que, apesar da expansão do ideal liberal, e apesar da expansão dos direitos individuais nas últimas décadas, havia uma sensação generalizada de que não só individual, mas coletivamente, o controle sobre as forças que governam as vidas dos próprios indivíduos foi diminuindo, em vez de aumentar:

Por um lado, um número crescente de cidadãos vê o Estado como uma presença excessivamente intrusiva, com maior probabilidade de frustrar seus propósitos do que promovê-los. E, no entanto, apesar de seu papel

---

<sup>125</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 90.

sem precedentes na economia e na sociedade, o Estado moderno se vê a si mesmo incapaz de responder aos males sociais persistentes.<sup>126</sup>

Sandel pensa ser necessário reconstruir os caminhos da filosofia implícita nas práticas institucionais e implantar uma república processual, que possa levar em conta a visão liberal e, ao mesmo tempo, considerar a auto-imagem do ser.

A ideia de república procedimental remonta à fundação da república e tem seu desenrolar na virada do século XX. Houve uma descentralização da economia que influenciou a descentralização das formas políticas da república. Se a democracia sobrevivesse à concentração de poder econômico, haveria uma exigência de nacionalização da política com centralização do governo.

Uma reformulação em escala nacional, uma “nacionalização da vida política, econômica e social americana”,<sup>127</sup> um projeto de nacionalização. O liberalismo concentrou poderes e trouxe um forte senso de comunidade nacional, moral e política, de forma a contribuir para suportar a nova ordem industrial moderna. Formou-se, assim, uma comunidade preocupada em moldar uma vida em comum. Mas o projeto falhou em meados do século XX, acabando com a república nacional. Houve uma mudança lenta nas práticas e instituições de uma filosofia pública de fins comuns, para uma de procedimento justos, “... de uma política do bem para uma política de direito, de uma república nacional para uma república procedimental”.<sup>128</sup>

### 3.1.7 O presente dilema da América

Sandel suspeita que, se fosse possível investigar essa transição de forma detalhada, iria encontrar na realidade da república processual dois problemas: uma tendência a excluir possibilidades democráticas e uma predisposição de minar o tipo de comunidade da qual ainda depende. No início da república, a liberdade era entendida como uma função das instituições democráticas. Mas a liberdade no processo republicano é o oposto da democracia, para garantir individualmente em oposição ao que a maioria deseja. A versão moderna e oposta ao início da república é de que se é livre por ser portador de direitos. Isso exige certa concentração de poder, posto que tais direitos precisam ser respeitados não somente em âmbito local, mas a nível abrangente de associação política. Não se pode ter direitos garantidos nessa cidade e em outra não. Portanto, a política precisa se deslocar em formatos sutis de associação, abrangendo a

---

<sup>126</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 92.

<sup>127</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 93.

<sup>128</sup> Sandel, Michael J. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p. 93.

nação. Dessa forma, o poder se desloca e se projeta em instituições isoladas, preparadas para defender direitos individuais (como no caso do judiciário, e instituições mais burocráticas). Daí surge mais uma vez a questão do eu esvaziado que, nessa condição entre o apego e o desapego, pela própria característica do estado de bem-estar, fica entre a questão de exigir um grande engajamento de seus cidadãos, ao mesmo tempo que precisa sustentar a auto-imagem que atende aos direitos:

Como detentores de direitos, onde os direitos são trunfos, pensamos em nós mesmos como escolhas livres, eus individuais, não vinculados por obrigações antecedentes aos direitos ou aos acordos que fazemos. E, no entanto, como cidadãos da república procedimental que assegura esses direitos, nos encontramos implicados, quer ou não, em uma variedade formidável de dependências e expectativas que não escolhemos e cada vez mais rejeitamos.<sup>129</sup>

O eu esvaziado parece cada vez menos livre, menos empoderado, e cada vez mais repleto de obrigações e envolvimento desassociados de qualquer ato de vontade. Nossas identidades coletivas se tornaram mais fragmentadas e isso já ocorre nos Estados Unidos da América ao menos há 50 anos. Com todos esses recortes, Sandel espera ter contribuído com uma certa visão política e filosófica relacionando-os entre si, com as práticas e instituições que personificam as teorias, e com isso achar a imagem do período em que se vive.

---

<sup>129</sup> Sandel, Michael J. (1984). “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, p 94.

## CONCLUSÃO

“Duas coisas enchem o ânimo de admiração e respeito, sempre novos e crescentes, quanto com mais frequência e aplicação se ocupa delas a reflexão: o céu estrelado acima de mim e a lei moral dentro de mim.”  
Immanuel Kant (Crítica da razão prática, 1788)

Considerando a frase de Kant, observa-se que ela conduz a dois planos de discussão amplos e profundos: o primeiro, que trata da Lei universal, que diz respeito aos aspectos naturais aos quais estamos todos submetidos, e o segundo, que trata da qualidade de que a espécie humana é a única detentora, relacionado a inteligência e os aspectos morais aos quais deveriam estar submetida. É neste último aspecto levantado por Kant que o presente projeto tem seu fundamento.

O foco central desse estudo foi a discussão sobre a justiça e a equidade nos contratos, tendo como base os contratos como fonte de declaração da livre vontade. Buscou-se, através de pesquisa feita em relatório estatístico produzido anualmente desde 2004 pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), dados que embasassem o presente estudo. Apenas com base nos dados de 2017 a 2019, contidos nesses relatórios, foi possível observar que os assuntos mais recorrentes na justiça foram aqueles que tratavam de contratos, “obrigações/espécies de contratos” no Direito Civil e “contratos trabalhistas” no Direito Trabalhista.

Nos dados relatados foi possível constatar que a Justiça Estadual do Rio de Janeiro, onde o tema “contratos” é discutido, foi responsável um pouco mais de 56% da despesa do judiciário do país, na análise dos anos mencionados. Essas evidências sugerem uma possível relação entre o tema mais recorrente, contratos no âmbito do Direito Civil, com o elevado custo que os tribunais estaduais auferiram nestes últimos três anos. A recorrência desse tema possivelmente também tem relação com a morosidade da justiça, pelo assoberbamento da discussão da matéria. Tal oneração impacta sobre as despesas em geral.

Se, por um lado, existe a questão orçamentária envolvida, outro ponto não menos importante, e que diz respeito aos supracitados dados estatísticos evidenciam que as leis ou os costumes, que também fazem parte do ordenamento jurídico, podem não estar agindo eficazmente de maneira a garantir que as relações funcionem de forma justa e equitativa às partes do contrato, ou seja, garantindo a função social que o contrato deve assegurar. Permitir a frequente discussão de cláusulas e regras contratuais no judiciário com tanta frequência é aceitar a inexiquibilidade dos contratos, negando a força vinculante destes.

Fazer valer o papel moral de um acordo real parece ser impossível, apesar de Rawls, em *Uma teoria da justiça*, argumentar que a maneira pela qual podemos entender a justiça seria perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma “situação inicial de igualdade” com um “véu de ignorância” sobre nossa posição atual na sociedade. Uma situação na qual todos aceitem os mesmos princípios de justiça, em sua concepção, atenuará a vigilância necessária sobre os membros deste grupo, já que possuem inclinações humanas naturais a buscar os interesses próprios.

Portanto, os princípios de justiça que Rawls apresenta como ideias norteadoras constituem o objeto do acordo, que vai colocar o indivíduo em situação de equidade, estando sob um “véu de ignorância” como situação de escolha inicial ou “posição original” hipotética, que apresenta as restrições desejáveis para que suas vantagens não possam influenciar a escolha dos princípios. A finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os homens como pessoas morais.

A despeito de todo amparo legal atual, não parece haver resposta na legislação vigente ao problema observado, mas foi possível notar que o véu da ignorância é uma desobjetivação do indivíduo de forma a retirar conteúdos intrínsecos de sua individualidade, impossibilitando o indivíduo de compreender certas situações reais que somente com o conhecimento prévio sobre todas as questões que circundam aquele fato ele poderia questionar e ponderar racionalmente.

No plano micro, as relações contratuais espelham pequenas relações sociais e, com isso, Michael Sandel procura discutir, em seu livro *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, com base nas ideias de Rawls, questões sobre a legalidade de acordos baseados em obrigações, em expectativas, em benefícios mútuos, e em consentimento livre, pois tais relações contratuais contemporâneas têm características predatórias, extorsivas e moralmente questionáveis.

O objetivo geral deste trabalho envolveu investigar a possibilidade de o contrato deixar de ser um tipo de relação exploratória, e que merece uma reflexão mais profunda pelos impactos econômicos e sociais que a inobservância dos preceitos morais tem provocado na sociedade contemporânea, debatendo possíveis questões morais intrínsecas nas relações contratuais.

O objetivo específico desse trabalho foi responder ao questionamento sobre a impossibilidade de se estabelecer princípios morais para a formação e manutenção dos contratos. Levando em conta que as partes acabam com frequência buscando o judiciário para dirimir litígios que envolvem as cláusulas aceitas no início das tratativas, tais decisões judiciais

buscam tornar mais equitativos os termos desse contrato ainda em sua execução pela falta da observância de questões morais intrínsecas nessas relações contratuais. Esses contratos não conseguem chegar de forma tranquila, em grande parte, a seu termo, ainda que essas mesmas partes (contratantes e contratados) tenham concordado com os termos ali definidos logo no início. Cabia nesse objetivo observar se as normas legais têm definidas, de forma clara ou não, limites morais. E o que foi claramente observado é que há a necessidade de definir as questões morais antes mesmo de traçar os limites através das leis.

A pesquisa partiu da hipótese de que os contratos reais em menor escala (aqueles que se formam no dia a dia das pessoas em sociedade) não seriam instrumentos morais autossuficientes, buscando nesse sentido analisar se o atual sistema de obrigações contratuais tem sido justo ou equitativo, observada a insistente discussão judicial sobre o tema. Tal hipótese foi confirmada, tendo em vista que o atual sistema de obrigações legais contratuais não é suficiente para trazer equidade e justiça às partes contratantes, pois essas partes continuam necessitando do auxílio do judiciário para tutelar de forma paternalista tais relações.

Com a finalidade de atender aos objetivos, foi traçado um paralelo entre as críticas de Michael Sandel, nos capítulos 5 e 6 da obra citada, e a teoria contratualista contida na obra de John Rawls. Foram também traçados aspectos e definições com base em pesquisa bibliográfica em torno dos contratos em âmbito Civil, aspectos da legislação sobre o tema do contrato e princípios de um filósofo que fizesse um contraponto, além de artigos, livros sobre o contratualismo, e legislação em torno do tema.

Foi possível observar que o contrato é ato lícito, é um acordo entre duas ou mais vontades na conformidade da ordem jurídica, relação essa de natureza meramente patrimonial. Mas parece haver algo além do bem patrimonial a ser levado em conta. As mudanças inseridas para o novo Código Civil em 2002, no Brasil, demonstraram uma inclinação em combater atividades abusivas que causam danos à parte contrária ou a terceiros, através do princípio da Boa fé objetiva e da Função Social dos Contratos. No código anteriormente revogado, a *pacta sunt servanda* era a lei. Já nessa última legislação, procurou-se atentar para questões éticas que circundam o tema, pois a própria Constituição de 1988 determina que os princípios devem obrigatoriamente ser observados.<sup>130</sup>

Lendo os artigos citados nas páginas em comento, é possível observar que tanto no Artigo 113 como no 118 da Lei 10.406 de 2002, o atual *Código Civil*, que ambos se referem a

---

<sup>130</sup> Tais princípios foram citados nas páginas 45, 46 e 48 desse trabalho.

usos e costumes do local da celebração dos contratos, o que dá a entender que a boa fé no âmbito dos usos sociais tem a ver com uma decisão comportamental que é aceita de forma comunitária:

Art 113. Os negócios Jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.

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

Inclusive corroborando com tal determinação legal, enunciados de jornada de Direito Civil servem para auxiliar na hermenêutica das normas jurídicas, com posicionamentos dados em discussão entre juristas e elementos das cortes judiciais, indicando que as práticas habitualmente adotadas entre as partes precisam ser levadas em conta. As Jornadas de Direito Civil são uma grande prestação de serviço social que a Justiça Federal faz à sociedade brasileira, na medida em que permitem o aperfeiçoamento da ordem jurídica através da interpretação das normas jurídicas. Promovidas desde 2002 pelo CEJ/CJF, as jornadas de Direito Civil promovem a discussão sobre proposições interpretativas a respeito de dispositivos do Código Civil, resultando em enunciados que auxiliam os operadores do Direito em seus trabalhos doutrinários ou jurisdicionais.

A exemplo, o enunciado 413 da V Jornada de Direito Civil coloca que: “os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.”.<sup>131</sup> Ele sugere que há uma demanda comportamental, uma escolha individual que coordena o resultado final.

As questões éticas a que se refere a formação dos contratos buscam atender aos anseios sociais no que tange ao cumprimento de deveres que abarquem o respeito àqueles outros que fazem parte dessas relações. O conceito de ética, nesse ponto, se refere à equidade e dignidade da pessoa humana e precisa não privilegiar com exclusividade apenas uma das partes em detrimento da outra. Por isso, a definição de consumidor, diante do *Código de Defesa do*

---

<sup>131</sup>Disponível em:< <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/224>>. Acesso em 31 jul. 2020.

*Consumidor*, Lei nº 8.078 de 1990, é não só a pessoa física, como também a coletividade de pessoas que utilizam produtos e serviços, conforme o artigo 2º, e, portanto, de interesse social.

O *Código Civil* anterior foi cunhado em 1916 e estava em desacordo com a *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 inclusive no que tange ao Art. 170 estabelecido no título VII relativo à Ordem Econômica e Financeira, que pretende assegurar a existência digna, justiça social, a função social da economia e da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a coibição e repressão eficiente de todos os abusos praticados no mercado de consumo.

Assim, o antigo *Código Civil* ficou também em desacordo com o *Código de Defesa do Consumidor* (CDC), que é do ano de 1990 e veio trazendo regras básicas de proteção ao direito dos consumidores. Foi, então, necessário que o *Código Civil* de 2002 (atualmente em vigência) nesse ponto se adequasse às regras éticas estabelecidas nas normas do CDC, e que constam também da política nacional de relações de consumo.

Tal política nacional reconhece a vulnerabilidade do consumidor diante do mercado de consumo, e tem como finalidade o respeito à dignidade, à saúde, à segurança do consumidor, à proteção a sua vida e aos interesses econômicos, além da sua qualidade de vida, bem como pretende garantir a transparência e harmonia nas relações de consumo.

Mas o que vem a ser dignidade, saúde, segurança, qualidade de vida, justiça social, e função social? Não há como fazer funcionar tais regras sem que, antes, tenhamos definido claramente, em âmbito de comunidade, o que representa esses padrões, ficando assim a cargo da subjetividade dos julgadores determinar tais conceitos.

Retomando a questão das práticas habitualmente adotadas, percebemos que as interações sociais – que acabam por se basear em relações de poder e saber e são parte da formação dos indivíduos – fazem com que a imparcialidade seja uma possibilidade longínqua na questão do comportamento. A interferência que certas subjetividades exercem sobre outras pessoas pode ser determinante no resultado dessas relações.

A interferência dos conhecimentos e comportamentos subjetivos nas variadas noções de justiça provavelmente dificulta a possibilidade de se estabelecer uma única noção de justiça totalmente desligada das ideologias das pessoas que venham tentar defini-la.

Cada teoria de justiça provém de uma determinada formação social, política e ideológica, e as teorias são muitas. Essas teorias não só colocam em causa o problema histórico da origem da sociedade, da justiça e do poder, mas antes o problema jurídico do seu fundamento e da sua legitimidade. Ao longo da história, o Direito como instituição jurídica pareceu apenas

servir para legitimar o poder dos soberanos e dos governos, para garantir a preponderância destes em detrimento dos saberes individuais, subjetivos.

As pessoas agem de modos diferentes e se influenciam todo o tempo, o que torna difícil definir o que leva algo a ser legítimo, visto que a legitimidade tem por trás de si uma construção que precisa ser considerada. A importância de um comportamento ou da informação que leva a construir a legitimidade de um uso ou de um costume que ampare a legalidade de uma norma é uma coisa que deve receber sempre uma especial atenção.

Portanto a intervenção estatal no contrato busca, de forma paternalista, o equilíbrio na relação contratual, já que, como foi falado anteriormente no ponto sobre a hipótese, o sistema de obrigações legais contratuais é ineficiente para sozinho levar equidade e justiça entre as partes.

Assim, essa pesquisa tem relevância pelo fato de levantar a necessidade de manter viva a discussão sobre uma ferramenta que perdeu sua função original, o contrato, e hoje possui uma característica completamente diferente, além disso ela representa em menor escala o que por tanto tempo grandes filósofos se debruçaram a fim de determinar a melhor formulação de um contrato em sociedade.

Limitar o consentimento seria um meio de corrigir as desigualdades para alcançar a equidade nas relações, tornando o contrato mais justo, porém, em tese, retiraria a liberdade do cidadão de decidir por si. Deste modo, a sociedade se depara hoje com um conflito nas relações cotidianas. Quando se fala em contratos, o pensamento se volta para a questão do que seja o justo ou moralmente aceitável em um contrato. Quando se fala em justo ou injusto, refere-se à qualificação que caracteriza alguém ou a conduta desse alguém, e não à qualificação de uma coisa em si. Um contrato, por ser uma ferramenta de ajuste de vontades, comumente gera conflito. Esse conflito ocorre por manifestação de pretensões excludentes entre si quando entre duas ou mais pessoas.

O objeto do conflito é a causa da felicidade de ambas as partes, porém não há como fazer todos completamente felizes diante de um litígio ou de um conflito. Para decidir esse conflito quase sempre alguém sairá perdendo. Até mesmo em um acordo, para que o acordo realmente ocorra, ambas as partes precisarão abrir mão de algo. Muitas vezes, o objeto da posse que traz a felicidade às partes não pode ser partido ao meio. A posse do objeto do desejo precisa ser decidida e uma das partes não poderá ter o bem desejado. Por exemplo, no litígio em face de uma loja de eletrodomésticos que não entregou um fogão ou geladeira, a decisão de entregar metade de um fogão ou de uma geladeira não resolveria o problema de nenhuma das partes,

nem para quem compra, nem para quem vende, portanto a igualdade nem sempre é um traço de justiça. Igualdade aritmética não é sinônimo de justiça.

Na formação de um contrato, existem pretensões divergentes ali atuantes. Se o contrato se tornar oneroso por um longo tempo de cumprimento, pode tornar-se inexecutável. Nesse ponto, há a necessidade da intervenção de um terceiro, não interessado, pessoa cuja sua felicidade não depende do objeto em disputa, que será reconhecido pelas partes em litígio tornando-se, por isso, legítimo e isento para decidir a questão. Mas, se as partes podem através de um contrato acordar os termos deste, por que há a necessidade da Justiça como uma entidade garantidora do justo acerto? A Justiça nasce como instituição porque não há naturalmente, entre aqueles que se ligam contratualmente, solidariedade ou generosidade. A ideia de justiça nasce diante de um mundo com pessoas em conflito, com a intenção de corrigir o desvio nas condutas conflitantes.

Por exemplo, no caso do casamento, que é um contrato nupcial, diante do fato do divórcio, posto ser um direito postestativo das partes, não havendo filhos menores (havendo ou não bens a serem partilhados, o que pode ser decidido em ação em separado) a ação do poder judiciário se torna dispensável no momento em que uma das partes toma a decisão do rompimento. Nesse caso, não há o que um terceiro possa decidir, passando as partes interessadas a se ajustarem sozinhas. Onde há ajuste de vontades, não há a necessidade da interferência do poder judiciário. Nas situações nas quais o egoísmo não tem poder de se manifestar no contrato, a Justiça não tem finalidade de ação, não fazendo sentido sua intercessão nessa relação. Antes, como havia um traço de egoísmo dominante, com a parte precisando provar sua razão para conseguir autorização a fim de romper o contrato nupcial, tornava-se obrigatório que um terceiro interferisse para decidir se permitia ou não que o divórcio ocorresse.

Portanto a Justiça atua para decidir o justo na resolução diante do egoísmo e da escassez (quando não existe o mesmo recurso para que todos fiquem felizes ou satisfeitos), tentando resolver através do que é legal a incompatibilidade na ordem social. Essa Justiça é o órgão que dá a condição para a execução de uma certa paz em meio a conflitos. A guerra de interesses e a necessidade de tudo possuir leva à existência do conflito. As regras ou leis nesse ponto são instrumentos limitadores da satisfação das pretensões e dos desejos.

Mesmo as regras sendo importantes para manter uma convivência social razoável e uma certa civilidade, com um extenso arcabouço jurídico, ainda sim, na tentativa de forjar através do Direito mais liberdade assegurando direitos individuais, o Direito moderno não conseguiu manter sob sua tutela as vontades e ideais tão diversos. O que é a civilidade se não a tentativa

de manter esses instintos e impulsividades sob controle? Trata-se do controle sobre dizer e fazer o que se quer, impedindo que as pessoas ajam sem limites e sem medo.

Então, diante das inclinações humanas naturais a buscar os interesses próprios, os contratos de adesão sugerem ser instrumentos que beneficiam exclusivamente o empresário, onerando a contraparte. O valor moral de uma conduta estaria no desinteresse da parte sobre a questão, isso seria uma vitória da sociedade sobre seu próprio desejo particular.

A justiça seria um meio de impedir que pessoas despreocupadas com o coletivo, em nome do proveito próprio, negociem de forma desgovernada. Porém, isso não contribui para moralizar a relação contratual, apenas impõe regras que são limitadoras da vontade do mais forte, posto que, sem elas, o mais forte imporá sua vontade sem limites.

O ideal seria que melhorássemos por lucidez própria, de forma a fazer com que cada um perceba a necessidade de construir um coletivo no qual não se abuse da sua intelectualidade ou do seu acesso privilegiado a determinados instrumentos jurídicos facilitadores da satisfação de seus desejos. Uma sociedade mais justa talvez não seja construída com mais leis, ou com mais intelectualidade. Essa construção deverá ter a contribuição de cada participante de forma individual.

Por isso, nos parece impossível que o contrato seja um tipo de relação justa por si mesmo, visto ele ser uma ferramenta da vontade de sujeitos, indivíduos com subjetividades próprias, e, sendo assim, não é o objeto, mas as pessoas que precisam abandonar os comportamentos exploratórios.

Da mesma forma que Sandel questiona o posicionamento de John Locke sobre a forma implícita de aquiescência da convivência em sociedade, no caso de um cidadão que usufrui de benefícios que a sociedade dispõe, seria também uma forma fraca de aquiescência o fato de, vivendo no mundo atual e necessitando usar tais ferramentas contratuais, só o fato de usá-las não determinaria que concordamos com os termos ali definidos. Conforme Sandel observa, mesmo diante do experimento da posição original e do exercício do véu da ignorância, através do qual Rawls pretende chegar a um consenso, tal consenso não parece uma coisa fácil de se conseguir. Primeiro, porque como bem disse Sandel em seu artigo analisado, não há como admitir um eu esvaziado dos conceitos que formam essa subjetividade. A posição inicial de Rawls parece ser uma situação interessante que nos faz refletir sobre a necessidade de um marco inicial, de como iniciar esse contrato, mas esvaziar os conteúdos dos indivíduos de forma a torná-los pessoas praticamente sem conteúdos, padronizadas, tira a característica de humanidade delas.

Da mesma forma que Sandel relata que, para sabermos se um acordo foi justo, partir do acordo em si não seria suficiente, sendo necessário uma referência independente de justiça, também com relação aos contratos em menor escala na atualidade, as questões éticas que os circundam também carecem de definição, não sendo possível partir do contrato em si como referência. Apesar dessa dificuldade, devemos respeitar o consentimento sem violar frequentemente os acordos, apesar de esse consentimento não ser sempre decisivo.

Michael Sandel questiona: o consentimento pode, por si só, criar uma obrigação? Aqui, caberia uma outra pergunta: não aceitar os termos de uma operadora de telefonia ou de um navegador de internet, pelos imperativos que a contemporaneidade traz, independente do que eles exijam, é uma possibilidade? No Brasil, considerando que morar em qualquer dos estados é uma possibilidade, é possível não aceitar contratar com a única fornecedora de energia elétrica ou de água que é disponibilizada para as populações? Levando em conta que não estamos mais em condições da vivência indígena, nem mesmo somos povos eremitas, e ainda levando em conta toda a necessidade da modernidade e da globalização, coisas como transporte rápido, energia, não ter de buscar seus próprios recursos hídricos individualmente na natureza e aparelhos eletrônicos são indispensáveis em nossas sociedades atuais. Portanto, aceitar esses termos não é exatamente uma escolha, mas uma necessidade para a sobrevivência.

Nos casos em questão, não existe exatamente uma autonomia nos atos voluntários que buscam esses recursos. Muitos desses atos não são impostos por nós mesmos. Vemos, por exemplo, com a pandemia do vírus covid-19 ocorrida no mundo em 2020, que muitos de nós estamos cada vez mais sendo obrigados a trabalhar, estudar e comunicar exclusivamente e intermitentemente através da internet. Pessoas que antes nem rede sociais tinham e que sequer haviam baixado aplicativo de seus bancos, hoje são, pelas circunstâncias, obrigadas a ceder ao novo “normal” que nos ausenta fisicamente dos lugares, mas nos mantém presentes e acessíveis de modo virtual onde quer que estejamos. Não se pode dizer que o contato virtual nesses moldes seja uma escolha. Portanto, não é um ato exatamente voluntário.

Quando há mais de uma empresa para se escolher, o fato da suposta variedade de opções não retira a necessidade imperativa da contratação do serviço, visto que quase todas elas possuem as mesmas cláusulas de modo geral, e os indivíduos não podem optar por não escolher nenhuma delas. Ao escolher uma das supostas possibilidades de empresa que prestará o serviço, será que as condições oferecem benefícios mútuos e equitativos para as partes, ou o sujeito que recebe a prestação está sempre cercado de obrigações a cumprir enquanto a empresa nem mesmo tem a obrigação de fornecer, por exemplo, o pacote completo da velocidade de internet?

Vemos com frequência os tribunais emitindo decisões de mero aborrecimento ao não cumprimento, por exemplo, do fornecimento da totalidade de capacidade em Gigabytes dos contratos de internet (chamado mero descumprimento contratual).

A jurisprudência no Brasil, por exemplo, já determinou que o “mero inadimplemento” do contrato não acarreta danos morais indenizáveis, como se inadimplir um contrato feito para ser cumprido fosse uma questão meramente considerável. Por isso, Sandel afirma que “um acordo em condições desiguais pode estar tão longe de oferecer benefícios mútuos que nem mesmo seu caráter voluntário pode sustentá-lo”.<sup>132</sup>

Outro exemplo claramente visto como coerção e não como escolha é ter de adquirir produtos com preços muito altos em momentos de crise ou escassez, como foi o exemplo da falta de fornecimento de água em condições de consumo, na cidade do Rio de Janeiro, ocorrida também nos primeiros meses do ano de 2020. Comprar água mineral a preços absurdamente altos não foi verdadeiramente uma escolha, e sim uma necessidade da população local.

Rawls tem uma percepção interessante quando compreende que não é justo que, ao participarmos de uma corrida, cada um inicie de uma posição diferente e até mesmo de uma posição excessivamente desvantajosa com relação aos outros, demonstrando que não podemos considerar mérito se as condições para tal evento são excessivamente desiguais. Eu digo que essa parte que está em vantagem também não deveria fazer, inclusive, as regras da corrida. Isso é mais ou menos o que ocorre com as empresas que se beneficiam de um corpo jurídico na formação do contrato da prestação de serviço, e que, por isso, compreendem melhor quais cláusulas as favorecem e as que as prejudicam. Além dessa ciência, também há a possibilidade de ela mesma, integrante da corrida, dizer quais serão as regras, redigindo unicamente o contrato para o qual prestará o serviço. Não devemos anular talentos, mas também não podemos permitir que tais talentos sirvam, de forma livre, para prejudicar a vida da parte contratante que necessita do serviço.

Quando pegamos as questões que são pensadas para o macro e aplicamos nas pequenas relações, fica fácil vislumbrar o real alcance dessas regras. Aliás, quais são, na dimensão micro, as legítimas expectativas e os termos da cooperação social a que J. Rawls se refere, que definiram os princípios de justiça, se não definimos tais questões éticas abordadas no início regras do contrato? Por isso, se torna tão importante definir os padrões éticos que são intrínsecos aos contratos antes de nos aventurarmos no asoberbamento do cabedal legal contratualista.

---

<sup>132</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*; p. 183.

Nesse ponto, o argumento de Kant que diz “que a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade, ao contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas”,<sup>133</sup> faz completo sentido na medida em que não permite que o direito de proteção à vida fique à disposição das pessoas de forma individual. Fazer o que se quer sem limites não é justiça. Maximizar o prazer em detrimento do sofrimento cruel de outro não parece ser também uma visão ética de justiça. Somos merecedores de respeito em qual proporção?

A satisfação dos instintos de forma livre também não se mostra uma forma de justiça, posto que, de diversas formas, isso vai ultrapassar a existência do outro, que precisa ter um limite para a satisfação dos desejos.

A necessidade de obter vantagem a qualquer custo leva a contraparte a prejuízos, por isso os contratos ainda parecem ser instrumentos não autossuficientes, visto que a liberdade e a autonomia para deliberar demanda do indivíduo decidir por si próprio e, portanto, ao sabor de seus desejos, como irá agir. Diante do poder de redigir unilateralmente um contrato, ele abusa de sua prerrogativa, trazendo para si próprio a maior vantagem possível.

Vislumbramos a decadência gradual do comportamento humano em sociedade ao menos no que tange a imoralidade notada nas relações contratuais, e percebendo que moral é comportamento regido pela primeira pessoa do singular, o emprego concreto de determinados comportamentos é que irá decidir como essa moralidade se dará. Não parece ser uma instância transcendental que irá definir isso. O processo de moralização é um processo educativo de si em face do universo ao qual se está submetido. Tentar moralizar o contrato seria trocar nesse caso, o efeito pela causa.

---

<sup>133</sup> Sandel, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*, p. 137.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Tricotomia do negócio jurídico** (Pressupostos Fáticos do Plano da Existência e do Plano da Validade do Negócio Jurídico). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6511](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6511)>. Acesso em: 09 abr. 2019.

ARISTÓTELES. **Política**. Coleção a obra prima de cada autor. São Paulo: Martins Claret. [s.d.]

BRASIL. **Código Civil** . Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)> Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor** . Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. 23ª ed. São Paulo – Vade Mecum Rideel, 2016.

BRASIL. **Novo código civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. 23ª ed. São Paulo – Vade Mecum Rideel, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado. Brasília: 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 25 de nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA . Justiça em números 2018: ano base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 25 de nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2019: ano base 2018. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 25 de nov. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais** / 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORRESTER, Katrina. **In the Shadow of Justice: Postwar Liberalism and the Remaking of Political Philosophy**. Princeton University Press, 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**, v.3, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Edições e publicações Brasil Editora S.A., 1959.

MATTIETTO, Leonardo. **O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 163-186, 2000. Também Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15411-15412-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 out. de 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 12a edição, Malheiros, 2000.

MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOZICK, Robert. Estado, **anarquia e utopia**. Brasília: Ed. UnB, 1991. Perlingieri, Pietro. Perfis do Direito Civil: In Renovar, 1997, n. 37.

O impacto da cultura do litígio na sociedade brasileira: Disponível em:<[https://www.conjur.com.br/2020-out-27/andre-felix-cultura-litigio-sociedade-brasileira?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](https://www.conjur.com.br/2020-out-27/andre-felix-cultura-litigio-sociedade-brasileira?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>, Acesso em 31 out. 2020.

RAWLS, John. 1921-2002. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões; revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. – 4 ed. Ver. – São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANDEL, Michael J.. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**; Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo – 9ª edição – Rio de Janeiro: ed. Civilização Brasileira, 2012.

\_\_\_\_\_, Michael J. (1984). “**The Procedural Republic and the Unencumbered Self**”, *Political Theory*, Vol. 12, nº 1, pp. 81-96. Disponível em: <<http://fs2.american.edu/dfagel/www/philosophers/sandel/proceduralrepublicandtheunencumberedself.pdf>> Acesso em 11 ago.2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie* / Flávio Tartuce; 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo : Método, 2014.

VADE MECUM ACADÊMICO de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, Organização. – 23. ed.-São Paulo: Rideel, 2016.

ZANITELLI, Leandro Martins. “**A reciprocidade nos contratos: uma análise expressivista**”. In *Rev. Direito GV*, v. 7, n. 13, p. 177-196, 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322011000100009>> Acesso em: 11 ago. de 2020.

V JORNADA DE DIREITO CIVIL, enunciado 413. Brasília: 2012. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/224>>. Acesso em 31 jul. 2020.