



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Estevão Schultz Campos

**Por Uma Interpretação do Direito Privado a partir do Contratualismo
Rawlsiano**

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo



2023
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Estevao Schultz Campos

**Por Uma Interpretação do Direito Privado a partir do Contratualismo
Rawlsiano**

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito na área de concentração em Filosofia do Direito, sob a orientação do Prof. Doutor Cláudio de Cicco.

São Paulo
2023

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

C198 Campos, Estevao Schultz
Por uma Interpretação do Direito Privado a partir do Contratualismo Rawlsiano. / Estevao Schultz Campos. -- São Paulo: [s.n.], 2023.
174p. il. ; 15 cm.

Orientador: Claudio De Cicco.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Contrato Social. Estado Contemporâneo.. 2. John Rawls (1953 - 2002). 3. Intepretação. Teoria da Justiça. Constitucionalismo Rawlsiano. 4. Direito Privado. Contratualismo. Responsalibilidade Civil.. I. Cicco, Claudio De. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduados em Direito. III. Título.

CDD 342

Banca Examinadora

Dedico a presente tese ao meu eterno e maravilhoso DEUS (protetor e redentor), à minha grande companheira de vida Jéssica Schultz – demonstração efetiva de amor e dedicação – e ao meu pequeno príncipe Théo; ao meu mestre que me ampara Professor Erik Frederico Gramstrup.

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.

Número de Processo: 88887.502238/2020-00

Nesses últimos anos descobri que a gratidão é a demonstração mais íntima de amor, como manifestação palatável de admiração.

Agradeço ao bondoso DEUS, por ser minha fonte de inspiração, de sabedoria e, por ter de uma forma indescritível me guiado em todos os caminhos.

Aos meus amados Eude, Eliel e Monise Campos, por se fazerem presentes em cada momento da minha vida ainda que distantes fisicamente, amo-lhes incondicionalmente.

Aos meus queridos padrinhos, madrinhas e amigos, de todos os momentos, Isnei de Oliveira, Ellen W. de Oliveira, Poliana Murta Pires, Osvaldo Murta, José Carlos Pires (*in memoriam*), Conceição Pires e Ricaon Pessoa. Profissionalmente, vocês me inspiram.

Em especial, agradeço-te Poliana por acreditar incondicionalmente nesse sonho e sonhá-lo junto comigo. Muito obrigado Ellen por permitir sentir um pouquinho do seu amor e ânimo em me ver crescendo em graça e sabedoria. A bondade e misericórdia de vocês demonstram o caráter de Deus em suas vidas.

Aos professores do programa de doutorado, em especial aos Professores Álvaro de Azevedo Gonzaga, Maria

Helena Diniz e Tércio Sampaio Ferraz Jr; todos são profissionais inspiradores, meu muito obrigado.

A todos da prestigiada instituição Pontifícia Universidade Católica de São Paulo de São Paulo, nas pessoas dos coordenadores e dos gentis secretários do programa.

Agradeço ao meu orientador Cláudio De Cicco pelo compromisso e paciência dispensados a mim. Sua dedicação foi imprescindível para a conclusão deste trabalho!

Por fim, agradeço o paternal amor do Professor Erik Frederico Gramstrup que tem me conduzido com paciência e sabedoria na jornada acadêmica.

“A justiça se pôs longe; porque a verdade anda tropeçando pelas ruas, e a equidade não pode entrar”. Isaías 59:14

“A justiça tem sua raiz na piedade.”
Ellen G. White, A Ciência do Bom Viver, p. 136

Em nome da Justiça

João Alexandre

Enquanto a violência acabar com o povão da baixada;

E quem sabe tudo disser que não sabe de nada;

Enquanto os salários morrerem de velho nas filas;

E os homens banirem as leis ao invés de cumpri-las;

Enquanto a doença tomar o lugar da saúde;

E quem prometeu ser do povo mudar de atitude;

Enquanto os bilhetes correrem debaixo da mesa;

E a honra dos nobres ceder seu lugar à esperteza.

Não tem jeito não.

Só com muito amor a gente muda esse país;

Só o amor de Deus para nossa gente ser feliz;

Nós os filhos Seus temos que unir as nossas mãos;

Em nome da justiça, por obras de justiça;

Quem conhece a Deus não pode ouvir e se calar;

Tem que ser profeta e sua bandeira levantar;

Transformar o mundo é uma questão de compromisso;

É muito mais e tudo isso.

Enquanto o domingo ainda for nosso dia sagrado;

E em Nome de Deus se deixar os feridos de lado;

Enquanto o pecado ainda for tão somente um pecado;

Vivido, sentido, embutido, espremido e pensado;

Enquanto se canta e se dança de olhos fechados;

Tem gente morrendo de fome por todos os lados;

O Deus que se canta nem sempre é o Deus que se vive,

Não;

Pois Deus se revela, se envolve, resolve e revive

Não tem jeito não, não tem jeito não.

RESUMO

Busca-se compreender o Estado Liberal e a figura central da liberdade nos primórdios do desenvolvimento teórico da Sociedade organizada. A viragem teórica moderna reflete em novos pontos argumentativos e a observação da natureza de ser do Estado moderno. A liberdade, por si só, no Estado Liberal não traduz mais as vontades daqueles que participam do contrato social. Nesse ponto, a evolução do pensamento liberal de John Rawls permite entender como o Estado pode oferecer outras bases teóricas para a construção do Direito. A tese analisa a imbricação entre a teoria de justiça desenvolvida por John Rawls e a busca por novos modelos interpretativos que cingem o direito privado, no pós-positivismo. Para Rawls, a justiça se adequa com a “conformação das instituições sociais”, que tem condições de organizar e efetivar o direito e dirimir conflitos. Assim, a tese tem o condão de verificar a aplicabilidade da conformação das instituições sociais em relações privadas, a partir da interpretação da norma. Sem dúvida, as conclusões e proposições possíveis serão para o reconhecimento do Estado Liberal e as novas fronteiras enfrentadas pelo positivismo, pós *Code Civil* e Segunda Guerra.

.

Palavras-Chaves: Estado Liberal Rawlsiano. John Rawls. Direito Privado.

ABSTRACT

It seeks to understand the liberal state and the central figure of freedom in the early theoretical development of organized society. The modern theoretical turn reflects in new argumentative points and the observation of the nature of being of the modern State. Freedom alone in the liberal state no longer translates the wills of those who participate in the social contract. At this point, the evolution of John Rawls' liberal thought allows us to understand how the State can offer other theoretical bases for the construction of law. The thesis analyzes the imbrication between the theory of justice developed by John Rawls and the search for new interpretative models that gird private law in post-positivism. For Rawls, justice fits with the "conformation of social institutions", which can organize and enforce the law and resolve conflicts. Thus, the thesis has the power to verify the applicability of the conformation of social institutions in private relations, from the interpretation of the norm. Undoubtedly, the possible conclusions and propositions will be for the recognition of the Liberal State and the new frontiers faced by positivism, *post* Civil Code and Second War.

Key Words: Rawlsian Liberal State. John Rawls. Private Law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Estrutura da Responsabilidade Civil no Código Civil de 1916.....	89
Figura 2 - Justiça distributiva e corretiva se cruzam.....	137
Figura 3 - A justiça distributiva inclui a corretiva.....	137
Figura 4 - A justiça corretiva inclui a distributiva.....	138
Figura 5 - Categorias distintas.....	144

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Quadro comparativo: Enunciados dos princípios de justiça de Rawls	65
Quadro 2 - Deontologia Moral no Código Civil	114

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CC/02 – Código Civil de 2002, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Código Civil de 2002 – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002

CC/16 – Código Civil de 1916, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916

C.Com – Código Comercial de 1850, Lei 556 de 25 de junho de 1850

Constituição Federal – Constituição Federal do Brasil, 1988

CF/88 – Constituição Federal do Brasil, 1988

CF – Constituição Federal do Brasil, 1988

Sumário

INTRODUÇÃO	17
1 ENTRE A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO NA TEORIA DE RAWLS:	
Contextualização da temática e delimitação do objeto de estudo.....	21
1.1.2 PROCEDIMENTALISMO NA TEORIA DA JUSTIÇA	30
1.2 BASES FILOSÓFICAS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	35
1.3 PERSPECTIVAS EM LOCKE	36
1.4 LIBERDADE E IGUALDADE EM LOCKE E SUAS CRÍTICAS.....	39
1.5 O DESPERTAR DO SONO DOGMÁTICO DE KANT: O QUE ISSO SIGNIFICA?	42
1.6 PERSPECTIVAS EM KANT	44
1.7 LIBERDADE E IGUALDADE EM KANT.....	47
1.8 TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS: DESCRIÇÃO.....	49
1.9 DISTINTIVIDADE DA TEORIA DA JUSTIÇA EM RAWLS	55
1.10 JUSTIÇA SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DE RAWLS: RECONCILIAÇÃO ENTRE LIBERDADE E IGUALDADE NO ESTADO LIBERAL.....	57
1.11 TEORIA NA BERLINDA: LIBERALISMO POLÍTICO.....	61
1.12 CONSTRUÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DE RAWLS.....	67
1.12.1 ASPECTOS DA NORMA CONSTITUCIONAL.....	70
1.12.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	77
2 RAWLS: UMA CONSTRUÇÃO DA MORALIDADE EM UMA SOCIEDADE JUSTA	85
2.1 TEORIA MORAL DE RAWLS E APLICABILIDADE AO DIREITO PRIVADO.....	87
2.1.2 IMPACTO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE NO DIREITO PRIVADO.....	97
2.2 INTERPRETANDO O SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DO CONTRATUALISMO RAWLSIANO	106
2.2.1 CONTINUAÇÃO: DEONTOLOGIA MORAL.....	111

2.3 A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE INTERPRETAR A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA TEORIA COMO EQUIDADE DE RAWLS.....	118
2.4 OUTRAS INFLEXÕES DO CONTRATUALISMO RAWLSIANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL	129
2.5 A (O) POSIÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E DA JUSTIÇA CORRETIVA	140
3 ALGUMAS CONCLUSÕES PARA UM DIREITO PRIVADO DE MATIZ CONTRATUALISTA RAWLSIANO	151
REFERÊNCIAS	164

INTRODUÇÃO

A tese analisa a imbricação entre a teoria de justiça desenvolvida por John Rawls e a busca por novos modelos interpretativos que cingem o direito privado, no pós-positivismo.

Para Rawls, a justiça se adequa com a “conformação das instituições sociais”, que tem condições de organizar e efetivar o direito e dirimir conflitos. Assim, a tese tem o condão de verificar a aplicabilidade da conformação das instituições sociais em relações privadas, a partir da interpretação da norma.

Sem dúvida, as conclusões e proposições possíveis serão para o reconhecimento do Estado Liberal e as novas fronteiras enfrentadas pelo positivismo, pós *Code Civil*, Segunda Guerra etc.

Para tanto, a obra-prima de Rawls – *Teoria da Justiça* – será a estrutura primária de análise, mas, sem deixar de analisar os desdobramentos apresentados por Rawls e que aperfeiçoou, reafirmou e respondeu críticas aos seus argumentos: *Justiça como equidade: uma reformulação*, *Justiça e Democracia* e *O Liberalismo Político*. Estas obras também foram utilizadas, pois tangenciam o tema central da teoria desenvolvida pelo autor estadunidense.

Por questões de corte teórico e temporal para o desenvolvimento da tese, prima-se por destacar os seguintes autores em contraposição à proposta de Rawls, o liberal comunitarista Amartya Sen, o liberal anarco-capitalista Robert Nozick e comunitarista Sandel. Ressalta-se que outros se destacam na análise da teoria de John Rawls, como Cohen e Dworkin.

Metodologicamente, define-se pesquisa como teórico-conceitual, o que parece adequado por balizar suas avaliações um grande arcabouço histórico e cultural de pesquisa, tendo em vista que busca rediscutir as bases do fundamento teórico com vista a propor novas discussões constitucionais, sem, no entanto, implicar uma imediata mudança jurídico-doutrinária. O tema foi desenvolvido através de uma análise acurada na literatura especializada, trabalhos científicos específicos do assunto e legislação geral e específica, onde foram relevantes as ponderações já realizadas.

A presente tese se divide em 3 capítulos, sendo o primeiro capítulo faz uma delimitação da problemática enfrentada em razão do surgimento do positivismo jurídico em sentido estrito como elemento intrínseco do Estado Liberal Clássico. Nesse mesmo capítulo, analisa-se o impacto do procedimentalismo jurídico e seu conseqüente impacto na distinção entre a decisão legal e justa, que por vezes estarão em descompasso. Como cenário histórico, a filosofia política de John Rawls e toda a estruturação de um contrato social tendo como base a justiça como equidade provoca uma revisitação da natureza procedimental a ser adotada no pós-positivismo.

Para tanto, perpassa-se por toda a Teoria da Justiça de Rawls, seus críticos e reflexos na reformulação de um constitucionalismo que poderá reverberar em todo o ordenamento jurídico. Em decorrência, procura-se algumas premissas para um novo modelo – possível – de interpretação para o direito privado.

No segundo capítulo da tese propõe-se a construção de uma moralidade em uma sociedade justa capaz de admitir a aplicabilidade de um sistema que resgata o princípio moral da justiça como equidade rawlsiano para uma aplicação no direito privado. Mais do

que alcançar uma finalidade contratual ou de responsabilização, tem-se a preocupação se a resposta é justa e está em conformidade com a moral social.

Logo, admite-se no ordenamento a inclusão de uma interpretação da justiça distributiva para além das normas públicas, impactando a realidade social dos contratos e da responsabilidade civil.

Por fim, o terceiro capítulo, propõe-se, em conclusão, uma estrutura interpretativa que pode ser aplicada pelo operador do direito, como modelo baseado no equilíbrio reflexivo de John Rawls.

Proposição. A doutrina dedicada ao estudo do direito privado nem sempre consegue apontar a origem filosófica para um perfil normogenético de algumas estruturas do ordenamento jurídico. Com isso, para justificar a gênese das normas que regulamentam as relações privadas admite-se aprioristicamente institutos principiológicos como forma de fundamentação, sem, no entanto, levar em consideração que a remodelação ideológica do Estado influencia a valoração social de princípios que permeiam as estruturas fundamentais das relações sociais como a liberdade e a igualdade, na construção de uma sociedade equilibrada e nas relações contratuais. Em decorrência, busca-se responder ao longo deste estudo as seguintes questões:

- a) Qual raiz contratual buscar como fonte de base filosófico-teórico para tanto?
- b) Deve-se admitir a justiça como equidade como primado de uma interpretação para o direito privado?
- c) É possível uma nova interpretação do direito privado com base na teoria contratualista de Rawls?

c.1) Quais seriam as estruturas mínimas para a construção de uma interpretação adequada?

1 ENTRE A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO NA TEORIA DE RAWLS:

Contextualização da temática e delimitação do objeto de estudo

A expressão “liberalismo” é polissêmica por designar a diversidade da história e seu impacto conceitual variante a depender do teórico (MERQUIOR, 2016, p. 15). Os teóricos do liberalismo vão desde os clássicos Locke, Montesquieu e Adam Smith, perpassando por Tocqueville, Mill, Dewey e Keynes até Sandel, Hayek e Rawls.

O substrato do Estado Liberal – denominado por Schmitt como Estado Liberal Burguês - está na premissa da limitação da autoridade e uma divisão do exercício do poder exercido por esta, a ideia é defendida por Carl Schmitt em 1928, no livro *Teoría de la Constitución*¹:

[...] a constituição liberal revela dois princípios mais importantes: o princípio distributivo significa que a esfera de liberdade individual é um princípio ilimitada, enquanto a capacidade que assiste ao governo de intervir nessa esfera é um princípio limitada. [...] Tal princípio estabelece divisão de poder (ou poderes), uma demarcação da autoridade estatal em esfera de competência – classicamente

¹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alanza Editorial, 1982, p. 62: “Daqui resulta que os traços característicos do Estado burguês de direito só podem formar uma parte da constituição total do Estado, enquanto a outra parte contém a decisão positiva sobre a forma de existência política. As constituições dos atuais Estados burgueses são, portanto, compostas por dois elementos: por um lado, os princípios do Estado de direito para a proteção da liberdade burguesa contra o Estado; por outro lado, o elemento político do qual se deduz a forma de governo (monarquia, aristocracia ou democracia, ou um status misto). Na combinação destes dois elementos reside a particularidade das atuais Constituições do Estado burguês de direito. Esta duplicidade fixa a sua estrutura total e conduz a uma duplicação correspondente de conceitos centrais, como o conceito de direito.” Tradução nossa.
No original: “De aquí resulta ya que lo característico del Estado burgués de Derecho sólo puede integrar una parte de la total Constitución del Estado, mientras que la otra parte contiene la decisión positiva acerca de la forma de la existencia política. _ Las Constituciones de los actuales Estados burgueses están, pues, compuestas de dos elementos: de un lado, los principios del Estado de Derecho para la protección de la libertad burguesa frente al Estado; de otro, el elemento político del que ha de deducirse la forma de gobierno (Monarquía, Aristocracia o Democracia, o un status mixtus) propiamente dicha. En la reunión de estos dos elementos reside la particularidad de las actuales Constituciones del Estado burgués de Derecho. Esta duplicidad fija su estructura total y lleva a una duplicación correspondiente de conceptos centrales, como el concepto de ley.”

associada com os ramos legislativo, executivo e judiciário. Divide-se a autoridade de maneira a manter limitado o poder. (MERQUIOR, 2016, p. 18)

Este pensamento permeia a construção de toda uma filosofia de Estado Liberal que contrapõe a liberdade e a limitação do poder estatal. Benjamim Constant (CONSTANT, 2019, p. 18) alerta para o perigo da liberdade entre o passado e o presente, tendo no liberalismo mais que uma transição entre o passado e o presente, e sim uma essência para a existência humana. O liberalismo deixa de ser apenas a doutrina que limita o poder monárquico e o poder popular – que surge na Revolução Gloriosa -, para se tornar a doutrina liberal – das democracias ocidentais a partir de 1870 - da preservação das liberdades, dos direitos humanos, da legalidade, do governo representativo, da legitimidade e legitimação dos anseios sociais (MERQUIOR, 2016, p. 18).

O reconhecimento dessas implicações impacta na identificação do direito moderno como individualista, “por ser a consolidação das Revoluções Liberais” (DE CICCIO, 2013, p. 162).

Decerto que:

É a partir da constatação da irredutibilidade do Estado de Direito do Liberalismo ao Estado de Igualdade e Justiça Social que Giole Solari nivela sua dura crítica ao sistema liberal, sobretudo quando as teorias até aqui enunciadas se convertem em realidade normativas das Codificações, reforçando desigualdades econômicas e legitimando a existência de classes sociais, com base na posse, na propriedade, na herança, embora não mais admitindo a transmissão hereditária de cargos públicos e abrindo a ‘carreira aos talentos’, como jamais aconteceu no *Ancien Régime* pela *venalité des charges...* (DE CICCIO, 2013, p. 186-187)

A vontade de estabelecer padrões confiáveis de liberdade impulsionou a revolução napoleônica com a aproximação da fórmula: liberdade mais legalidade, tendo como confluência a codificação.

O Código Napoleônico² surge, por exemplo, como resposta ao ceticismo e a insegurança jurídica de duas ordens jurídicas aplicáveis. Isso porque, na França havia uma multiplicidade de direitos territoriais, afora uma divisão em que na parte setentrional vigia costumes locais (*droit coutumier*), e na meridional vigia o direito comum romano (*droit écrit*). Em resumo, o “Código de Napoleão representa, na realidade, a expressão orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum” (BOBBIO, 1995, p. 72). Para De Cicco, essa codificação está estritamente ligada ao ideário de construção de uma sociedade liberal (DE CICCIO, 2013, p. 213).

O Código Civil Napoleônico vem como uma posição extremamente conservadora para expressar a “experiência do passado, o espírito dos séculos” (VAN CAENEGEM, 2000, p. 10). Isso diz que a positivação não é uma ruptura total do praticado no passado, mas, uma significativa alteração do modo de produção e interpretação do direito para o futuro:

O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto. Embora o costume tenha sido a fonte mais importante e a expressão do direito (um ponto a que iremos voltar), agora está relegado a um papel residual e marginal. O estatuto que, em certos estágios da evolução do direito, fora inteiramente eclipsado, agora era a fonte por excelência do direito. O Código Napoleão restabeleceu o direito e os tribunais em seu pleno rigor, mas agora o sistema era mais racional e seu funcionamento mais controlável e previsível do que no *ancien régime*. A eliminação do direito natural como fonte do direito positivo pertence à mesma linha de pensamento. No século XVIII, o direito racional (*Vernunftsrecht*) fora um instrumento poderoso na luta contra o antigo regime político. (VAN CAENEGEM, 2000, p. 12)

² Bobbio aponta que a codificação napoleônica “produziu profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo”, por isso, esse marco temporal e histórico. (BOBBIO, 1995, p. 63)

Ponto crítico desse modelo tem que ver com a interpretação no código napoleônico³. A doutrina aponta a errônea percepção de que a existência da codificação supriria toda e qualquer dificuldade na resolução da lide em razão da completude do sistema jurídico:

Um código trata sistematicamente da totalidade de um assunto, numa linguagem acessível aos leigos. Essas qualidades representam um avanço importante em relação a um estágio anterior, em que o direito estava escrito numa linguagem técnica obscura, freqüentemente um latim ininteligível para os não-iniciados. Em terceiro lugar, a unidade na escala de um Estado, reino ou império. Esse aspecto deve ser contrastado com o emaranhado inextricável de ordenações e costumes locais do antigo direito. O argumento principal contra a codificação é sua imobilidade. Essa crítica foi feita por Savigny, fundador da Escola Histórica. Um código corresponde ao estágio do desenvolvimento jurídico num determinado momento e procura fixar esse estágio de modo que não possa mais ser mudado. O texto estabelecido pode, no máximo, ser objeto de interpretação. De acordo com a Escola Histórica, o direito é o resultado da evolução histórica dos povos e deve adaptar-se a essa evolução. O congelamento do direito através da codificação gera contradições internas e tensões intoleráveis dentro da sociedade. Toda codificação coloca, portanto, um dilema: se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social; mas, se os componentes do código são constantemente modificados para adaptar-se às novas situações, o todo perde sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições. Os perigos são reais, pois a experiência mostra que a compilação de um novo código é uma tarefa difícil que raramente alcança êxito. (VAN CAENEGEM, 2000, p. 17)

Com a completude do sistema pressupõe-se a existência de um legislador racional e universal, que corresponde a dois valores fundamentais do pensamento liberal-burguês: a segurança e certeza jurídica (SOUZA, 2017). No entanto, aponta Luiz Sérgio Fernandes Souza (2017) que a partir de Ehrlich e Genie “não se tratava mais de se discutir a existência de várias normas, regulando a mesma situação, dificuldade da qual a velha jurisprudência romana, utilizando critérios voltados à solução da antinomia, dava

³ “As posições diversas de redatores e intérpretes do Código de Napoleão, quanto ao dogma ora lembrado, se deduzem do significado diverso que uns e outros atribuem ao art. 4^a do próprio Código (o único dos vários artigos de caráter geral contidos no projeto que foi mantido no texto legislativo)”. (BOBBIO, 1995, p. 73)

conta. De outro modo, discutia-se a possibilidade de inexistência de norma para regular uma determinada situação” (SOUZA, 2017).

Quando da análise do texto do Código Civil Napoleônico, Bobbio (1995) apresenta outra perspectiva sobre o argumento crítico acima apresentado. O art. 4º propõe uma obrigatoriedade do juízo de *non liquet*, em que o artigo e o *Code* não oferta nenhuma *regula decidendi*. Ao observar a construção da norma, duas interpretações são possíveis: a) uma que observa aspectos do que atualmente se denomina de autointegração, e; b) outra que apresenta a hetero-integração.

Na autointegração a solução para a lacuna está no interior do próprio sistema legislativo e recorre-se à analogia e aos princípios gerais do direito. Com a hetero-integração a solução para a lacuna no ordenamento jurídico está no exterior do ordenamento deduzindo-se da equidade, assim compreendido como um sistema normativo moral ou de direito natural, distinto do direito positivo. Nesse ponto, a autointegração confirma a escolha pelo positivismo jurídico em sentido estrito⁴.

O positivismo em sentido estrito é teoria que versa sobre a validade e a interpretação do direito. O conceito pode ser construído em contraposição ao do moralismo jurídico. Nessa, adota-se a tese unionista, em que o direito não pode ser separado da moral, aquela preconiza a tese separativista, em que se considera a plena separação entre direito e moral (DIMOULIS, 2017).

No positivismo jurídico em sentido estrito a compreensão, a validade e a interpretação do direito prescindem da avaliação moral, “*Não interessa o valor e sim a*

⁴ “De modo geral, o positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de positivismo legal, apresenta uma concepção de sistema de características notáveis, em que pese a diversidade das suas formas. Em primeiro lugar, trata-se de um “sistema fechado”, do que decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas”. (Ferraz Júnior, 2014, p. 36).

validade do direito. Não interessa a substância; interessa a *forma*.” (DIMOULIS, 2017). Por isso, a autointegração presente no *Code Civile* corresponde a escolha pelo positivismo jurídico em sentido estrito, adverte Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2014, p. 34-35) que:

O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí surgiu, na França, já no século XIX, a poderosa École de l'Exégèse, de grande influência nos países em que o espírito napoleônico predominou, correspondendo, no mundo germânico, à doutrina dos pandectistas. A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado “positivismo legal” (Gesetzpositivismus), com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da “estatalidade do direito”.

Em contrariedade a esse pensamento, Bobbio (1995) informa que Portalis apresentou os arts. 4º e 9º como possibilidades da criação do direito pelo juiz:

O orador afirma, entre outras coisas, que *não se trata de simplificar até reduzir as leis a poucos princípios gerais*, visto que tal redução se verifica somente nos Estados despóticos onde ‘existem maus juizes e carrascos do que leis’ (op. Cit., p.3). [...] ‘Seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida.’ (op. Cit., p. 3) [...]. (BOBBIO, 1995, p. 73)

Ocorre que a natureza do positivismo em sentido estrito foi vencedora na construção final do *Code Civile*. Em terras tupiniquins a teoria positivista foi introduzida no século XIX por Luís Pereira Barreto, Paulo Egydio, Alberto Salles, João Monteiro,

Pedro Lessa e José Mendes, e trouxe influência para a implantação da república (DE LIMA FILHO, 2004, 3 – 33).

A lei como norma e fundamento do ordenamento jurídico como desenvolvido no século XIX, “transformaram a Ciência do Direito ora em dogmática jurídica como ciência positiva da norma, ora em sociologia, ora em psicologia da vida do Direito” (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 34-35).

1.1. Positivismo e Justiça: A questão do procedimentalismo

Embora o objetivo deste tópico não seja a de analisar a teoria da ciência jurídica na visão positivista de Kelsen, Hart⁵ e outros tantos teóricos do positivismo jurídico, a influência desses autores na construção de um ordenamento jurídico⁶ ocidental é incontestável.

⁵ Em Hart: “O positivismo hartiano pode ser chamado de positivismo institucionalista, dentro da concepção de que, em Hart, o direito é tomado como um fato institucional. Hart satisfaz a condição positivista da adoção de um conceito descritivo do direito (no sentido de ser possível determinar a existência e o conteúdo de um sistema jurídico sem recorrer a considerações de ordem valorativa). Também não se pode esquecer a influência que a obra de Bentham teve na obra de Hart e, de forma geral, em toda teoria jurídica anglo-americana. Jeremy Bentham oferece ao estudo do direito uma teoria geral, que se divide em duas partes distintas: uma normativa (preocupada com aspectos normativos do direito) e outra conceitual (preocupada com questões filosóficas). Isto implicou que alguns autores tratem a teoria jurídica hartiana como uma versão sofisticada da parte conceitual da teoria geral do direito de Bentham (como, por exemplo, Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*, p. ix). Também não se pode deixar de observar que o chamado positivismo institucionalista de Hart se distancia do positivismo descritivo de Kelsen, quer quanto às matrizes filosóficas presentes em uma e outra obra (em Hart a Filosofia da Linguagem Ordinária, em Kelsen o neopositivismo lógico), quer quanto ao problema da ontologia das regras, que em Hart pressupõe uma compreensão mais alargada, possibilitando que ele dê conta do caráter fortemente institucionalizado do direito. Ainda assim, Hart permanece fiel à tradição positivista, considerando que a legitimação do sistema se dá pela referência à legalidade do procedimento de normatização – a procedência da norma. Neste sentido: “*The legitimation of the legal order as a whole shifts do its origin, that is, to a basic norm or rule of recognition that legitimates everything without itself being capable or rational justification; as a part of a historical form of life, it must be factually accepted as settled custom*”. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*, p. 203.” (KOZICKI, 2017)

⁶ Kelsen afirma: ““Uma ‘ordem’ é um sistema de regras.” (KELSEN, 2005, p. 5).

Focalizando em Kelsen, como corte teórico usualmente mais aceito como base para se discutir o positivismo jurídico⁷, este afirma:

A afirmação: 'Certa ordem social, não tem o caráter ordem social tem o caráter de Direito, é uma ordem jurídica', não implica o julgamento moral de qualificar essa ordem como boa ou justa. Existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista, são injustas. Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça.

[...]

Todo sistema de valores, em especial um sistema moral com sua ideia central de justiça, é um fenômeno social, o produto de uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual ele emerge. O fato de haver certos valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade não contradiz de modo algum o caráter subjetivo e relativo desses julgamentos de valor. (KELSEN, 2005, p. 7 e 11).

Tanto Kelsen como Hart, estão preocupados com a questão da validade do ordenamento jurídico, a justificação da norma só pode ser encontrada no ordenamento jurídico:

Assim como Kelsen, Hart entende que o cumprimento da norma se dá pela concretização da validade do ordenamento jurídico, de forma que a norma de reconhecimento de Hart está para a busca da efetividade da norma fundamental de Kelsen. A regra última de reconhecimento faculta a existência de um sistema jurídico válido e eficaz, que de certo modo sancionará àqueles que descumprirem os aspectos internos e externos da norma. (GRAMSTRUP, CAMPOS, 2021, p. 205)

⁷ Sobre a hermenêutica jurídica e seus desdobramentos, remeto o leitor para os textos: GRAMSTRUP, Erik Frederico ; CAMPOS, Estevão Schultz. Apontamentos para o estudo da hermenêutica jurídica em Savigny, Hart, Dworkin e na hermenêutica constitucional. In: Carlos Alberto Ferri; José Luiz Gavião de Almeida; Lélío Máximo Lellis. (Org.). Direito, ética e cidadania: estudos em homenagem ao professor Jorge Luiz Almeida (v02). 1ed. Curitiba: CRV, 2021, v. 02, p. 197-216. GRAMSTRUP, ERIK FREDERICO; CAMPOS, ESTEVÃO SCHULTZ. APONTAMENTOS PARA O ESTUDO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: VIEHWEG, PERELMAN e SICHES. Revista Pensamento Jurídico, v. 16, n. 3, 2023.

Aqui, a justiça é exposta como escorreito preceito de legalidade em que uma não pode ser admitida sem a outra, com vistas a afastar a subjetividade e elevar o nível racional da implicação dos meios. Assim, determinado fato será analisado de acordo com a lei que melhor amolde-se ao caso. Isso representa justiça.

Otfried Höffe argumenta que o positivismo jurídico, de modo inicial, não apresenta nenhuma objeção direta a ideia da justiça (em acepção ampla). O argumento dos que advogam essa perspectiva está em estabelecer uma ciência jurídica independente, da perspectiva conceitual, ou seja, “o direito positivamente vigente do direito requerido pela moral” (HÖFFE, 2003, p. 39).

Essa negação positivista acarreta em relações autoritário-jurídicas com um viés velado de cumprimento da justiça, e tornaram-se preponderantes na filosofia jurídico-política da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX (MASSINI, 2000, p. 161).

No entanto, essa nítida separação entre a ordem jurídica e as exigências morais da justiça aceita por boa maioria dos acadêmicos no início deste século, começou a se deteriorar no segundo pós-guerra para finalmente entrar em colapso na década de 1970 (MASSINI, 2000, p. 161). Esse colapso do positivismo chegou a ser aceito por Gustav Radbruch em texto divulgado aos seus alunos em Heidelberg logo após o fim da Segunda Guerra, intitulado Cinco Minutos de Filosofia do Direito:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta

concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro. (RADBRUCH, 2012, p. 261 – 263)

Na esfera intelectual anglo-saxônica, Dworkin sustentou categoricamente, nos livros *Uma questão de princípio* (2001)⁸, *Levando os direitos a sério* (2007)⁹, *O império do direito* (1999)¹⁰, que o positivismo "está errado e, no fim, corrompe profundamente a idéia e o Estado de Direito" (DWORKIN, 2001, p. 171).

É perceptível nas críticas apresentadas tanto em Radbruch quanto em Dworkin que o procedimentalismo adotado no positivismo jurídico é falho, leva a consequências que a letra fria da norma não consegue explicar.

No marco desse processo de superação do positivismo jurídico – que denominamos no tópico anterior de estrito -, está a proposta de John Rawls, que tentou especialmente em seu livro *Teoria da Justiça*, voltar o olhar da filosofia prático-moral para as questões inerentes ao viver.

1.1.2 Procedimentalismo na Teoria da Justiça

Rawls é responsável pela revitalização da filosofia moral que ocorreu na década de 70. Ao final dos anos 60, a filosofia moral corria o risco de se tornar estéril e trivial. Os teóricos da filosofia do direito tinham como norte a discussão dos conceitos éticos e

⁸ DWORKIN, Ronald M. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁹ DWORKIN, Ronald M. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2007

¹⁰ DWORKIN, Ronald M. CAMARGO, Jefferson Luiz; RIOS, Gildo. *O império do direito*. Martins Fontes, 1999

problema metaéticos, sem adentrar em questões da filosofia prática, como exemplo, as questões morais levantadas pela Guerra do Vietnã não era objeto de análise, a preocupação meramente metaética da filosofia apareceu cada vez mais acadêmica e insatisfatória (MASSINI, 2000, p. 190).

Como será detalhado no Capítulo 1.8, na posição original as partes têm o dever de escolherem princípios da justiça que formará a base da equidade rawlsiana. A escolha na posição original é feita através do véu da ignorância. Para além da estrutura apresentada, a Teoria da Justiça propõe um modelo procedimental de representação para se alcançar a finalidade. Este método adotado por Rawls é definido como procedimentalismo. Toda a Teoria terá sua validade e justificação nos procedimentos adotados, essa é a importância do tema para a construção teórica de Rawls.

A superação do positivismo estrito na teoria de Rawls passa pela análise inicial da construção do procedimentalismo adotado, isso denota que para alcançar uma aplicabilidade da justiça como equidade, a validade da decisão perpassa por procedimentos justos que denotam os princípios de justiça:

Em procedimentos, não importam primacialmente os conteúdos ou resultados, mas as competências, os trâmites e as formalidades que, por sua vez, não têm seu fim em si mesmas. Como servem a conteúdos e resultados e se justificam somente a partir disso, logram criar apenas sob duas premissas aquela disposição genérica na qual assentam Estados democráticos de direito, a saber, aceitar decisões legislativas ainda indeterminadas quanto a conteúdo: por um lado, os procedimentos devem ser abertos às necessidades e aos interesses dos implicados, ademais capazes de aprender e atender também aos princípios da justiça procedimental. Por outro, devem vincular-se a orientações prévias que, por sua vez, são justas, isto é, que ao menos se coadunam com a justiça substancial. (HÖFFE, 2003, p. 53)

A justiça procedimental se revela em três espécies: pura, imperfeita e perfeita ¹¹. A justiça procedimental imperfeita carece de legitimação originária e está presente no direito e no Estado, “E mais: todas as teorias do direito, do Estado e da política que confiam integralmente nos procedimentos, têm uma característica positivista que ao mesmo tempo ameaça a justiça.” (HÖFFE, 2003, p. 54).

Na justiça procedimental pura, temos o procedimento arraigado a um ideal de justiça, logo a legitimação é ínsita a ideia e construção do ideal buscado, “não se pode falar de uma medida independente de procedimentos, quando se objetiva um resultado justo” (HÖFFE, 2003, p. 54).

Com a justiça procedimental perfeita “existe um critério independente de aferição do resultado justo e um procedimento para chegar a esse resultado com segurança aproximativa” (HÖFFE, 2003, p. 54).

Além da estrutura para uma teoria da justiça há uma questão procedimental, por tal, com uma série de procedimentos de ação social considerados imparciais ou equitativos será suficiente a construção de uma justiça de base, de modo que o resultado deve ser considerado justo, seja ele qual for e sem que haja escala, independente do procedimento em si segundo o qual se pode medir a correção ou incorreção desses resultados.

¹¹ Para Rawls a “A marca característica da justiça procedimental imperfeita é que, embora haja um critério independente para conduzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leva a ele. [...] Contrastando com isso, a justiça procedimental pura se verifica quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado.” (RAWLS, 1997, p. 92)

Em linhas gerais, Rawls defende em primeiro momento que sua teoria é de justiça procedimental pura:

Vê-se então que a posição original, tal como a descrevi, comporta um grau muito elevado de justiça processualística pura. Isso quer dizer que, quaisquer que sejam os princípios selecionados pelos parceiros da lista das escolhas possíveis, eles serão justos. Em outras palavras, o resultado da posição original define i que se poderia chamar de os “bons” princípios de justiça. Isso se contrapõe à justiça processualística perfeita, na qual já existe um critério independente e estabelecido previamente daquilo que é justo (ou equitativo) e na qual há um procedimento que garante um resultado que respeita esse critério independente. (RAWLS, 2000, p. 58)

A escolha pela justiça procedimental pura ocorre para acomodar adequadamente as instituições sociais e suas ações para que reflitam a justiça como equidade. Essa abordagem estará no processo de construção e interpretação da norma – constitucional ou não.

Percebe-se que Rawls altera um pouco a forma como seu procedimentalismo é construído a partir das críticas apresentadas por Sen, Nozick e outros¹². Sua nova percepção presente no artigo *Kantian constructivism in moral theory* (1980), e aqui no Brasil apresentado na compilação de artigos que deu origem ao livro *JUSTIÇA E DEMOCRACIA* (2000), centra a interpretação da justiça como equidade na figura da

¹² Por exemplo por Brian Barry – *Theories of Justice – a treatise on social justice*, 1989, a quem Rawls responde no livro *Liberalismo Político*, nas páginas 19n e ss, 108n e ss. Após a publicação do *Liberalismo*, outras críticas surgiram, como por exemplo a da autora MARGARITA CEPEDA, que na mesma linha de Brian Barry, aponta que o universalismo proposto por Rawls é contingente: “Así, pues, la teoría de Rawls está arraigada desde el comienzo en convicciones morales o, más precisamente, en el sentido de la justicia, lo cual le da a la teoría un carácter contingente, pues, como lo sabe el mismo Rawls, “el acuerdo en las convicciones cambia constantemente y varía entre una sociedad, o parte de ella, y otra” (Rawls, 1979:641). Surge inmediatamente la pregunta de cómo una teoría que se apoya en convicciones dependientes de contextos sociales e históricos específicos pueda ser a la vez universal. Es así como llegamos al núcleo del problema que nos ocupará, a saber, el de la tensión entre universalismo y contextualismo en la teoría de Rawls.” CEPEDA, Margarita. *Rawls: entre universalismo y contextualismo, o el liberalismo histórico como base de una teoría universal de justicia* in: BOTERO, Juan Jose. *Con Rawls y contra Rawls—una aproximación a la filosofía política contemporánea*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 94 – 95.

pessoa moral, da sociedade bem ordenada e da posição original para aplicar os princípios da justiça através das reformas constitucionais, plebiscitos etc., dando uma nova interpretação ao seu procedimentalismo.

Assim, Rawls:

justifica e defende o procedimentalismo contratual de inspiração kantiana na sua própria articulação entre uma concepção substantiva e uma concepção procedimental de justiça e no complexo trabalho teórico que procura dar conta das instituições sócio-políticas, começando com a noção de "sociedade" e sua estabilidade (concepção de "sociedade democrática liberal") (OLIVEIRA, 1999).

A proposta de Rawls visa revitalizar a ética social e a teoria da justiça, partindo de sua preocupação em superar o ceticismo e o emotivismo, com uma referência à coerência interna das ideais apresentadas, com argumentos de concepção procedimental.

A estrutura do procedimentalismo contratual impacta no significado dado ao positivismo a partir de então. O positivismo presente na Revolução Francesa enfrenta uma dificuldade para introduzir um procedimentalismo deontológico, que se propõe a reestruturar e reequilibrar ações eminentemente injustas, mesmo em matéria puramente civilistas. A influência do procedimentalismo rawlsiano e a aplicabilidade em um movimento pós-positivista serão analisados nos capítulos 2 e 3.

1.2 Bases Filosóficas da Teoria da Justiça de John Rawls

Rawls deve ser creditado por elucidar no traje não transcendentalista do século XX, o princípio kantiano de que o correto é anterior ao bom (ZIPURSKY, 2003, p. 1925).

O traje transcendental de Kant pode ser encontrado na afirmação de “que o conceito do bem e do mal não deve ser determinado antes da lei moral (à qual, na aparência, ele deveria servir de fundamento), mas apenas (como também aqui acontece) segundo ela e por ela” (KANT, 2008b, p. 92). A transcendentalidade de Kant tem como bojo o reconhecimento do princípio da moralidade aplicado a *priori*, em uma constatação de que o bem (*gut*) ou mal (*böse*) são objetos de comprovação daquilo que é anterior (KANT, 2008, p. 90 – 95). Rawls ajusta essa base kantiana para desvelar na justiça como equidade que primeiro determina-se o princípio moral, para depois apresentar os caminhos que a sociedade deverá traçar, de modo prático o autor apresenta estruturas como: o véu da ignorância, *overlapping consensus*, posição original, entre outros.

Para além do princípio moral kantiano, Rawls realiza um construtivismo de direitos e deveres com raiz na moralidade política, revisitando os direitos naturais com a matriz do contrato social de Locke. A construção do modelo contratual de Rawls tem como chave a descrição da força normativa dos princípios do direito político, que se encontram inteiramente dentro do domínio de um padrão de razões que apelam a pessoas razoáveis sob determinadas condições (ZIPURSKY, 2003, p. 1925).

Embora perceba-se a aproximação com outros autores e até mesmo um resgate teórico-conceitual em Aristóteles, Stuart Mill, Thomas Hobbes, Henry David Thoreau, Isaiah Berlin e outros, o desvelar – ou o reapresentar – do princípio kantiano e a

proposição construtivista de direitos de matriz contratual, são fundamentais para a sustentação da Teoria da Justiça de Rawls.

Eis a razão do corte teórico cingir-se em Emmanuel Kant e Jonh Locke.

1.3 Perspectivas em Locke

John Locke (1632 - 1704), filósofo inglês, esteve envolvido com a Revolução Gloriosa de 1688 que catapultou o absolutismo inglês e declarou o *Bill of Rights*, em 1689.

A principal obra do filósofo britânico é *Dois Tratados Sobre o Governo: O primeiro e o Segundo tratado sobre o governo civil*¹³ que retrata a teoria do contrato social. De modo geral, a primeira parte do livro é utilizado para rebater a teoria absolutista, em especial as ideias postas no livro *O patriarca*¹⁴, de Robert Filmer. Na segunda parte, Locke faz um esforço para explicitar a gênese do poder e a impossibilidade de se estabelecer esse instituto com base no direito de herança. De forma similar¹⁵ a Hobbes, Locke utiliza-se da premissa do estado de natureza do homem, rebatendo a perspectiva aristotélica do *zoon politikon*¹⁶, ou seja, que o homem tem o prazer inato em viver em

¹³ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2018. E-book. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422343/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

¹⁴ FILMER, Robert. **Patriarcha**; Or The Natural Power Of Kings. Indianapolis: Liberty Fund, 2011.

¹⁵ “No pensamento de Locke, assim como no de Hobbes, a descoberta do natural se faz pela redução da idéia de homem a um mínimo inteligível. Não é preciso supor o estado de natureza como historicamente determinado e reconstituir, para cada sociedade política, um momento de criação. O natural está diante nós, o tempo todo, nas manifestações comuns da psicologia, nas operações da razão (embora a própria razão se desenvolva) e nas situações em que falta a proteção oferecida pelo poder comum. Nisso, pelo menos, não há diferença entre a concepção lockiana e a hobbesiana”. KUNTZ, Rolf. Locke, liberdade, igualdade e propriedade. In: QUIRINO, Célia Galvão; BRANDÃO, Gil do Marçal; VOUGA, Claudio (orgs.). **Clássicos do pensamento político**. 1ª ed. São Paulo: EDUSP, 1998, p. 91-119, p. 1.

¹⁶ “Na verdade, parece ser a amizade que mantém unidas as comunidades dentro dos Estados. Por isso que os legisladores se preocupam mais com ela do que com a própria justiça, porque almejam, por um

sociedade (MASCARO, 2023, p. 85) (BITTAR, 2022, p. 112) (BITTAR, ALMEIDA, 2022, p. 107). Nessa construção, o filósofo da revolução gloriosa ao contrário de Hobbes, entende que o homem no estado de natureza é dado à pacificidade, por compreender a lei natural nesse estado:

Para compreender bem o poder político, e derivá-lo da sua origem, devemos considerar em que estado se encontram por natureza os homens, o qual é um estado de perfeita liberdade para ordenar as suas acções, dispor das suas posses e pessoas, como bem lhes aprouver, dentro dos limites da lei natural, sem ter de pedir licença, nem depender da vontade de qualquer outro homem. (LOCKE, 2018, p. 233)

Em Locke, no estado natural os homens gozam de igualdade¹⁷, liberdade¹⁸ e propriedade. Em razão da utilização dessa tríade, Locke não olvida à realidade: o homem

lado, alcançar a concórdia,²¹⁶ que é algo de semelhante à amizade, e por outro procuram expulsar o mais possível a discórdia,²¹⁷ como uma forma de ódio. Se entre amigos não é necessária a justiça, entre os justos é necessária a amizade. Pois, entre os justos parece haver uma forma extrema de amizade. A amizade não é, então, apenas uma das coisas necessárias à existência humana, mas é também bela.” ARISTÓTELES. **Coleção Fora de Série - Ética a Nicômaco, 2ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2017. *E-book*. ISBN 9788530977467. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977467/>. Acesso em: 07 jul. 2023, p. 159.

¹⁷ “É também um estado de igualdade em que todo o poder e jurisdição são recíprocos, não tendo um homem mais do que o outro; não há nada mais evidente do que criaturas da mesma espécie e categoria, que nasceram para gozar os mesmos benefícios da natureza e para usar as mesmas faculdades, deverem também ser iguais entre si, sem subordinação, nem sujeição; a menos que o Amo e Senhor de todos eles, por meio de uma declaração manifesta da sua vontade, colocasse um acima do outro e lhe concedesse, por uma nomeação evidente e clara, um direito indubitável ao domínio e à soberania LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2018. *E-book*. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422343/>. Acesso em: 26 mai. 2023, p. 233.

¹⁸ “Embora se trate de um estado de liberdade, não é, contudo, um estado de licenciosidade. Apesar de o homem nesse estado gozar de uma liberdade incontrolável para dispor da sua pessoa e do que possui, não goza da liberdade para se destruir a si mesmo, nem nenhuma criatura que esteja na sua posse, a menos que um fim mais nobre do que a sua simples preservação o exija. [...] Embora se trate de um estado de liberdade, não é, contudo, um estado de licenciosidade. Apesar de o homem nesse estado gozar de uma liberdade incontrolável para dispor da sua pessoa e do que possui, não goza da liberdade para se destruir a si mesmo, nem nenhuma criatura que esteja na sua posse, a menos que um fim mais nobre do que a sua simples preservação o exija.” “É também um estado de igualdade em que todo o poder e jurisdição são recíprocos, não tendo um homem mais do que o outro; não há nada mais evidente do que criaturas da mesma espécie e categoria, que nasceram para gozar os mesmos benefícios da natureza e para usar as mesmas faculdades, deverem também ser iguais entre si, sem subordinação, nem sujeição; a menos que o Amo e Senhor de todos eles, por meio de uma declaração manifesta da

pode utilizar da sua autonomia da vontade de modo irrefreável. Em razão disso, surge o estado de guerra¹⁹, como resultado do desrespeito da lei natural, assim “o estado de natureza é governado por uma lei natural a que todos estão sujeitos” (LOCKE, 2018, p. 235).

Uma das principais finalidades do contratualismo lockeano está na preservação e proteção da propriedade privada²⁰. Ressalte-se que é possível encontrar em sua teoria uma nova formatação de Estado que adquire no corpo político uma capacidade de legislar e julgar, sendo uma representação da força da sociedade. Assim, com uma divisão do poder evita-se a concentração e o absolutismo^{21 22}.

sua vontade, colocasse um acima do outro e lhe concedesse, por uma nomeação evidente e clara, um direito indubitável ao domínio e à soberania”. LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2018. *E-book*. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422343/>. Acesso em: 26 mai. 2023, p. 235.

¹⁹ “O estado de guerra é um estado de inimizade e destruição; por conseguinte, aquele que, por palavras ou por actos, declara um desígnio, não apaixonado e repentino, mas calmo e firme, contra a vida de outro homem coloca-se num estado de guerra com o homem a quem declarou tal intenção, e expõe assim a sua vida ao poder do outro, que pode tirá-la, ou de qualquer um que se junte a ele na sua defesa e o apoie na sua querela. É razoável e justo que eu tenha o direito de destruir o que me ameaça com a destruição”. LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2018. *E-book*. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422343/>. Acesso em: 26 mai. 2023, p. 242.

²⁰ “Penso que assim é muito fácil conceber como é que o trabalho pôde constituir, no início, a origem do título de propriedade das coisas comuns da natureza e como esse título é limitado pelo uso que delas se faz. Não havia, portanto, razão alguma para disputar os títulos de propriedade, nem para duvidar da extensão da propriedade que esses títulos autorizavam.” LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2018. *E-book*. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422343/>. Acesso em: 26 mai. 2023, p. 267 - 268.

²¹ “Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se ele é o senhor absoluto da sua própria pessoa e das suas posses, se ele é igual ao maior dos homens e não está sujeito a ninguém, por que razão renunciaria à sua liberdade, a esse império, e se sujeitaria ao domínio e controlo de outro poder? A resposta é óbvia: embora ele possua esse direito no estado de natureza, contudo, o seu gozo é muito incerto e está constantemente exposto à invasão de outros; pois, sendo todos tão reis quanto ele, cada um é um seu igual, e a maior parte não respeita estritamente a equidade e a justiça. Assim, o usufruto da propriedade que ele possui no estado de natureza é muito inseguro e mal salvaguardado”. LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2018. *E-book*. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422343/>. Acesso em: 26 mai. 2023, p. 315.

²² “Foi de John Locke que Montesquieu extraiu a ideia que defenderia posteriormente na França, somando ao Executivo e ao Legislativo o Poder Judiciário, dos Tribunais, consumando a reformulação do Estado Moderno, com três Poderes autônomos.” DE CICCIO, Claudio. **História do Direito e do Pensamento Jurídico**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 72.

1.4 Liberdade e Igualdade em Locke e suas críticas

A igualdade é inimiga da liberdade? O questionamento leva em consideração os apontamentos de Locke em sua obra e a reverberação no contratualismo. Kuntz alerta que com “o pensamento lockiano, liberdade e propriedade se haviam convertido em termos quase indissociáveis” (KUNTZ, 1998, p. 91). Uma perspectiva à explicação do modo como Locke vê a liberdade e igualdade pode ser apontada em uma palavra: racionalidade.

Para o autor a racionalidade implantada por Deus é atributo inerente de um agir correto e, fio condutor entre liberdade e igualdade:

[...] melhora as suas fraquezas afirmando que, para Locke, todos os seres normais têm uma "racionalidade mínima". Isto é, razão suficiente para ultrapassar um limite intelectual para além do qual todos devemos ser considerados seres livres numa sociedade política. Esta ideia ambiciosa liga a dignidade humana básica (justificada acima de tudo pela propriedade) aos pensamentos de Locke sobre a liberdade alcançada pela "razão correta" da idade adulta madura. A dignidade do ser humano não se baseia apenas no facto de possuir a razão, mas também no facto de ter capacidade de raciocínio suficiente para ter um direito (HUNT JR, 2016, p. 548) (tradução nossa)²³.

Logo, a igualdade de Locke está fundada na concepção da autopropriedade que um indivíduo desfruta de si. Essa interpretação é possível da afirmação posta que " todo o homem tem a propriedade da sua própria pessoa" (LOCKE, 2018, XLVI). Em conexão

²³ No original: "improves on t weaknesses by claiming that for Locke, all normal beings have "minimal rationality." That is, mos enough reason to exceed some intellectual thre beyond which we should all be considered free an beings in political society. This idea ambitiously a connecting basic human dignity (justified above wit ownership) to Locke's thoughts on liberty attained th the "right reason" of mature adulthood. Not only human beings have dignity based on possessing rea such, but they have sufficient reasoning capacity m ing a right."

a essa afirmação está o conceito de igualdade, vez que a essa autopropriedade e autoconsciente preserva-se "os direitos iguais de todas as pessoas" (HUNT JR, 2016, p. 548). Todos recebem como atribuição de Deus os mesmos direitos. Acrescenta Kuntz sobre a igualdade:

A noção de igualdade se explicita, portanto, em pelo menos dois componentes essenciais. Um deles, descrito positivamente, é a comunidade da espécie e das faculdades características de cada um de seus indivíduos. O outro, indicado de forma negativa, é a ausência de subordinação transitiva, do tipo A manda em B, mas B não manda em A (é preciso não esquecer a idéia de jurisdição recíproca, que será retomada à frente). (KUNTZ, 1998, p. 6)

Em Locke a lei se torna instrumento de efetivação dos direitos naturais inerentes ao homem e, não tem a norma poder mandatório superior ao da natureza, essa é uma forte distinção entre Hobbes e Locke. A norma não tem condão de efetivar liberdade e igualdade, tão somente garantir executoriedade.

Em relação a liberdade há de se ressaltar que essa ocorre no estado de perfeição do homem, “para ordenar suas ações e para dispor de suas posses e pessoas como julgarem adequado, dentro dos limites da lei de natureza, sem pedir autorização ou depender da vontade de qualquer outro homem” LOCKE, 2018, p. 233).

Ponto crítico ao pensamento foi desenvolvido por Marx que explora a incongruência entre a liberdade formal e desigualdade material²⁴.

²⁴ “Sua conclusão podia ser muito engenhosa, teoricamente, mas envolvia um considerável problema prático: a reconciliação entre liberdade e igualdade, em termos materiais e formais, só seria possível noutro sistema.” KUNTZ, Rolf. Locke, liberdade, igualdade e propriedade. *In*: QUIRINO, Célia Galvão; BRANDÃO, Gildo Marçal; VOUGA, Claudio (orgs.). **Clássicos do pensamento político**. 1ª ed. São Paulo: EDUSP, 1998, p. 91-119, p. 1.

Marx reconhece a importância revolucionária da burguesia em sua luta, mas, ao mesmo tempo declara que houve a simplificação – por parte da burguesia - do antagonismo das classes²⁵. A burguesia detém a propriedade e os meios de produção, o proletariado detém o salário cada vez mais escasso. A liberdade da burguesia de Locke não era a mesma do proletariado de Marx²⁶. Assim, arremata o autor comunista “que caracteriza o comunismo não é a abolição da propriedade em geral, mas a abolição da propriedade burguesa” (Marx, 2007, p. 52).

Logo, por “liberdade, nas atuais relações burguesas de produção, compreende-se a liberdade de comércio, a liberdade de comprar e vender.” (MARX, 2007, p. 53), a essa liberdade material, também denominada de igualdade material, que apenas o burguês aproveitava, Marx aponta como um distúrbio social a ser confrontado.

Embora as considerações teórico-econômica de Marx tenha despertado o interesse pelo debate por uma igualdade material, a “teoria estritamente econômica de Marx tem numerosas falhas teóricas, que a evolução posterior tornou manifestas e os próprios marxistas só defendem hoje como teoria reguladora, [...]” (GAMBRA, 1998, p. 198).

²⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto comunista. Boitempo Editorial, 2007, p. 40, 42 e 44.

²⁶ “A escravidão à qual a burguesia sujeitou o proletariado não se manifesta em nenhum lugar mais claramente do que no sistema fabril. Aqui cessa toda a liberdade de direito e de fato. É preciso que o operário esteja na fábrica às seis horas da manhã; se ele chega alguns minutos atrasados, é multado; se atrasa 10 minutos, é recusada a sua entrada até a hora do almoço, e ele perde um quarto de seu salário. É obrigado a comer, beber e dormir sob ordens. O apito despótico o força a deixar seu leito, seu almoço, seu jantar. E na fábrica o patrão é o legislador absoluto e se impõe regularmente a seu bel-prazer; faz, segundo sua vontade, adições e modificações em seu código. E, mesmo se aí se acrescentassem as insanidades mais evidentes, os tribunais diriam ao operário: você aceitou este contrato livremente; logo, é preciso submeter-se a ele. E os operários são condenados a viver, desde a idade de nove anos até a morte, sob um jugo físico e intelectual.” MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788521635420. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521635420/>. Acesso em: 06 jul. 2023, p. 101.

Certo é que, após o contrato social a lei sem o condão de estabelecer primados de igualdade material, tornou-se mero objeto de instrumentalização da desigualdade entre as pessoas pretensamente livres e iguais para Locke.

1.5 O despertar do sono dogmático de Kant: O que isso significa?

Immanuel Kant (1724 – 1084) nasceu na Alemanha e tem como origem uma família humilde, sendo influenciado pelo cristianismo pietista em razão da educação recebida. Kant apresenta sua filosofia em um ambiente de ascensão burguesa e dos princípios liberais na Europa, em especial em uma Alemanha que já conhecia os ideais iluministas apresentados anteriormente por Wolff (MASCARO, 2023, p. 190), “Quer dizer: Kant recebia, ao mesmo tempo, o influxo do Iluminismo e do Pré-Romantismo” (DE CICCIO, 2023, p. 77).

Kant “despertou do sono dogmático” e rompeu com as teses de Hume – em especial - Locke e Berkely. O despertar – com a *Crítica Pura da Razão* – é uma resposta contundente a David Hume e seu zelo pelo empirismo. O filósofo inglês considerava a experiência a raiz do conhecimento:

Para dar a uma criança uma idéia do escarlate ou do laranja, do doce ou do amargo, apresento-lhe os objetos, ou, em outras palavras, transmito-lhe essas impressões; mas nunca faria o absurdo de tentar produzir as impressões excitando as idéias. (HUME, 2001, p. 28).

Para Hume, as percepções e construções humanas são inatas e os filósofos, por intermédio da filosofia, “nada mais fazem que mostrar que elas são transmitidas por

nossos sentidos” (HUME, 2001, p. 12). Como consequência, as percepções simples e as ideias se assemelham umas às outras, até mesmo as ideias complexas estão pré-relacionadas, logo, “embora haja em geral uma grande semelhança entre nossas impressões e idéias complexas, não é uma regra universalmente verdadeira que elas sejam cópias exatas umas das outras” (HUME, 2001, p. 27).

Assim,

Hume radicalizou as teses sensistas e empiristas de Locke e Berkeley, não mais admitindo nenhuma ideia universal, caindo num rígido nominalismo que punha em perigo as conclusões da ciência experimental, pois concluía que conhecemos apenas dados isolados, sendo impossível uma generalização, que necessariamente seria uma conclusão racional, sem base. (DE CICCIO, 2023, p. 76)

Ao romper com a filosofia tradicional da metafísica racionalista, Kant apresenta seu criticismo sobre o conhecimento, defendendo as potencialidades da razão e constrói os juízos sintéticos e a *a priori* como teoria prévia do conhecimento:

Compelido a defender as potencialidades da razão, para salvar do ceticismo absoluto de Hume a própria ciência experimental, Kant, como lembra Solari no ensaio “*Scienza e Metafisica del Diritto in Kant*”, constrói a partir dos *a priori* tempo e espaço toda uma teoria do conhecimento, pois, “excluída a possibilidade de um saber constituído em todas as suas partes de princípios racionais, universalmente válido e apoliticamente certo, permanece a necessidade de questionar se, ao lado das ciências sintéticas da experiência, não sejam possíveis ciências sintéticas racionais, ou seja, ciências nas quais o sentido de racionalidade não seja da antiga metafísica, por dedução analítica desde conceitos fundados no princípio de contradição (Aristóteles, Descartes), mas no sentido de conhecimentos construídos sinteticamente sobre o fundamento da unidade da percepção, tais que, sem derivar da experiência, formulam as condições necessárias de uma qualquer experiência possível. (DE CICCIO, 2023, p. 76)

Nessa fase, os escritos do filósofo de *Konigsberg* se tornam notórios e suas obras fundamentais são: *Crítica da razão pura* (1781)²⁷, a *Crítica da razão prática* (1788)²⁸, a *Crítica da faculdade do juízo* (1790)²⁹ e *A Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785)³⁰. Na *Metafísica dos Costumes*, Kant dialoga especificamente sobre o direito e denomina essa primeira parte do livro de “Doutrina do Direito” (MASCARO, 2023, p. 190).

1.6 Perspectivas em Kant

Feita a análise do contexto da filosofia kantiana, examinar-se-á os pressupostos de suas obras que influenciaram o pensamento rawlsiano.

O filósofo alemão separa dever e moralidade. Nesta última está a predisposição para o dever-ser do ser humano, ainda que não haja o querer, dito de outra forma, há uma vontade em cumprir o que o dever-ser determina. Logo, a moralidade³¹ – com caráter metafísico - está no homem, provido de juízo ético que delimita o certo ou o errado. A esses juízos prévios Kant denomina de *imperativo categórico*:

²⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª ed. Trad.: Manuela Pinto e. Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

²⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Coimbra: Grupo Almedina, 2008b.

²⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Trad. Valério Rohden e Antônio Marques. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008a.

³⁰KANT, Emanuel. **Fundamentação da metafísica dos Costumes. (Coleção textos filosóficos)**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2019. *E-livro*. ISBN 9789724422251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422251/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

Acesso em: 27 mai. 2023, p 99.

³¹ “Kant fundamentar a moral na ideia de dever, o famoso imperativo categórico, pois “o homem não está em condições de conhecer a causalidade do inteligível sobre o sensível, mas não há dúvida sobre a existência de leis morais que à sua consciência empírica se revelam como dado racional, ao qual deve conformar a conduta. Ora, na consciência do dever está implícita a consciência de liberdade: todo ser sabe que não pode agir de outro modo senão sob a ideia da liberdade, e por isso do ponto de vista prático é realmente livre.” DE CICCO, Claudio. **História do Direito e do Pensamento Jurídico**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 77.

Os imperativos têm, pois, um valor objectivo e são totalmente distintos das máximas, enquanto princípios subjectivos. Determinam, ou as condições da causalidade do ser racional, enquanto causa eficiente, simplesmente em relação ao efeito e à capacidade para o produzir, ou unicamente a vontade, quer ela seja ou não suficiente para o efeito. Os primeiros seriam imperativos hipotéticos e conteriam simples prescrições de dexteridade [Geschicklichkeit]; pelo contrário, os segundos seriam categóricos e unicamente leis práticas. As máximas são, pois, certamente princípios [Grundsätze], mas não imperativos. (KANT, 2023, p. 34)

Em momento posterior:

Kant coloca as categorias de quantidade, qualidade e relação e os juízos que temos como possíveis quanto à quantidade: unidade, pluralidade, totalidade; distribuindo-se os juízos em afirmativos e negativos, quanto à qualidade dos seres, e em juízos categóricos, hipotéticos e disjuntivos, quanto à relação. (DE CICCIO, 2023, p. 76)

A lógica presente em Kant está em aliançar “a alta burguesia liberal e a aristocracia esclarecida” (DE CICCIO, 2023, p. 76), momento em que admite a “desigualdade, proporcional aos esforços de cada um” (DE CICCIO, 2023, p. 76).

O contratualismo de Kant é marcado pelo afastamento do estado de natureza, a ideia de organização social ocorre em razão do estabelecimento do Estado e reconhecimento da soberania. A justiça está em garantir a aplicação da lei para todos e não no bem-estar social:

Eis aí um contrato originário, sobre o qual tão somente se poderá fundar entre os homens uma constituição civil e, por conseguinte, inteiramente jurídica, instituindo-se uma entidade comum. Esse contrato especial, denominado *contractus originarius* ou *pactum sociale*, como coalisão de todas as vontades particulares e privadas de um povo e em vista de uma vontade comum e pública, no escopo de uma legislação puramente jurídica (*zum Behuf einer blosz rechtlichen Gesetzgebung*), não precisa, porém, ser absolutamente pressuposto como um fato (*ist keinesweges ais ein Faktum vorauszusetzen nötig*), o que, aliás, seria impossível, como se, antes de mais nada, fosse necessário provar, à luz da História, que um povo, e em cujos direitos e obrigações nós entramos como

posteridade, haja realmente concluído outrora um ato dessa natureza, dele nos deixando, oralmente ou por escrito, um a notícia ou documento que nos permita julgarmo-nos ligados a um a constituição já existente. "Essa não é, pois, senão uma pura idéia de razão (*eine blosze Idee der Vernunft*), mas um a idéia que possui a sua realidade prática incontestável: realidade no sentido de que ela obriga todo legislador a ditar as suas leis de maneira tal que elas poderiam ter sido emanadas da vontade coletiva do povo todo; e ainda no sentido de que cada súdito, enquanto quiser ser cidadão, há de se considerar como se (*ais ob*) tivesse concorrido com os demais para a formação dessa vontade. Porque essa é a pedra de toque da legitimidade de todas as leis públicas. (REALE, 1942, p. 140)

Mas alerta De Cicco que, “a ordem jurídica, antes de ser racionalizada por Kant, passa pelo crivo do Empirismo, em que há uma hipótese nada empírica: o “estado de natureza”, que dará muito trabalho a Kant para ser reformulada” (DE CICCO, 2023, p. 72).

No direito está a ação exterior que faz cumprir as condutas, ainda que o ser desvie sua conduta moral, “Moralista, KANT vê antes a norma” (REALE, 1942, p. 150), por isso afirma Kant:

A condição formal pela qual tão somente a natureza pode alcançar o seu fim último é uma constituição das relações dos homens entre si, na qual um poder legal, em um todo chamado sociedade civil, se oponha à lesão das liberdades respectivas em luta umas contra as outras, pois somente na sociedade as disposições naturais podem se desenvolver até ao mais alto grau possível. (KANT, 1970 *apud* REALE, 1942, p. 142)

Por esse motivo, em Kant tem-se um contratualismo como doutrina liberal da individualidade, porque nessa formatação o homem alcança seu fim último: a garantia do individualismo.

1.7 Liberdade e Igualdade em Kant

Kant propõe a regra de ouro que diz: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2013, p. 43). A asserção de Kant se volta para o indivíduo e a importância da ação autônoma e livre, a “vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e a liberdade seria a propriedade desta causalidade [...]” (KANT, 2019, p. 99), como se pode esperar da filosofia kantiana a noção de liberdade política ou liberdade está intimamente ligada à de autonomia:

[...] se o dever é um conceito que deve ter um significado e conter uma verdadeira legislação para as nossas ações, esta legislação só se pode exprimir em imperativos categóricos, mas de forma alguma em imperativos hipotéticos; de igual modo determinámos claramente e para todas as aplicações, o que já é muito, o conteúdo do imperativo categórico que tem de encerrar o princípio de todo o dever (se é que, em verdade, há deveres). (KANT, 2019, p 67)

Na perspectiva de Kant não se pode considerar como justa nenhuma estrutura institucional ou relação social incompatível com a nossa autonomia. As instituições políticas e relações sociais livres são aquelas que aceitam e respeitam nosso potencial para agir de maneira devidamente autodeterminada.

Ao exercer a liberdade, concede-se aos outros precisamente os direitos de que se desfruta. A liberdade não é simplesmente uma questão de excluir a influência dos outros, mas também diz respeito à inclusão apropriada da influência dos outros sobre o todo. Em Kant envolve-se as relações recíprocas dos indivíduos humanos uns com os outros, pois “tem ela que valer também para todos os seres racionais” (KANT, 2019, p. 101).

Para Kant a quantidade de propriedade e herança de um indivíduo não deveria desempenhar um papel significativo na representação do povo. O mérito deveria ser o principal guia e medida da posição pública. A propriedade, para Kant, não lhe dá o direito de desempenhar um papel mais significativo do que a democracia no governo de um país (WILLIAMS, 2006, p. 364).

Uma questão fundamental na avaliação da atitude de Kant em relação à igualdade é a aplicação da questão distributiva. Kant tem uma teoria de justiça distributiva semelhante à de John Rawls que sugere quem deve obter o quê, quando e como? A teoria da justiça kantiana é estruturada com base em um formalismo que busca explicitar as relações entre os indivíduos. Um aspecto importante nesse autor é o reconhecimento da igualdade perante a lei, que decorre da liberdade, “esta é mesmo a condição formal de todas as máximas, sob a qual unicamente elas podem harmonizar-se com a lei prática suprema” (KANT, 2008b, p. 54).

Como consequência de uma lei prática suprema embasada na liberdade, a filosofia de Kant suporta a compreensão de arranjos institucionais que considere leis – estatais – que incorporam a vontade social para diminuição da desigualdade, mas, há de se reconhecer que o pensamento do filósofo alemão não traz essa estrutura (WILLIAMS, 2006, p. 364).

Esse sensível ponto é criticável tanto quanto na teoria de Locke e, faz surgir, novamente a inflexão liberdade e igualdade – formal e material.

1.8 Teoria da Justiça de Rawls: Descrição

A Teoria da Justiça, de John Rawls (1953 – 2002), por vários motivos é relevante. Um que se pode destacar foi o enfrentamento refinado da teoria política, atribuindo efetividade e exequibilidade (OLIVEIRA, 2015, p. 29) ao dispor sobre um contratualismo factível, “O problema que deve ser retomado, para Rawls, como para Habermas, não é a verdade das afirmações (sobre fatos), mas a validade ou legitimidade das normas (com a implicação de valores)” (BELLO, 2004, p. 104). Aqui está a factibilidade de Rawls.

A reinauguração do contratualismo no modelo rawlsiano é uma proposta de conformação da justiça pautado em uma estrutura básica de matiz constitucional-democrática. Para tanto, a Teoria da Justiça explica-se em uma sequência de quatro etapas ou princípios que formam a instituição básica.

Ocorre que antes desse momento de conformação da justiça enquanto teoria da equidade, é necessário que o cidadão reconheça três tipos de juízos: i) que deve respeitar a legislação e a justiça social; ii) que com o consenso democrático, deve-se respeitar o contraditório e decidir de acordo com a justiça e; iii) que deve delimitar as obrigações e deveres políticos (RAWLS, 1997, p. 213). Cada passo, corretamente seguido, demonstrará a revelação de uma justiça adequada a esse povo na posição originária.

Na sequência, os quatro estágios propostos são:

A **primeira etapa** é a própria posição original: neste estágio, as pessoas selecionam os princípios básicos que servirão como a manifestação pública da justiça social para a sua sociedade, e elas fazem essa seleção de trás de um véu de ignorância que exclui qualquer conhecimento de suas características pessoais ou de circunstâncias particulares de sua sociedade. A **segunda etapa** corresponde a uma convenção constitucional na qual as pessoas projetam um sistema de governo e a lei constitucional para a sua sociedade, usando os

princípios selecionados na primeira etapa como guia. Uma vez estabelecidos um sistema de governo e uma lei constitucional, entramos **na terceira fase**, correspondente ao processo de definição de políticas públicas e de regulamentações socioeconômicas. É nesta fase, de acordo com Rawls, que o segundo princípio da justiça como equidade – igualdade justa de oportunidades e princípio da diferença – seria implementado. O **quarto e último estágio** é a fase em que os órgãos públicos, o sistema de justiça e os cidadãos comuns respeitam as instituições e levam a cabo as políticas adotadas nos últimos dois estágios. Nesta etapa, é claro, não há véu da ignorância: todo mundo sabe exatamente quem é e quais as circunstâncias da situação particular em que estão. (LOVETT, 2013, p. 96 – 97)

O consenso e respeito na aplicação dos princípios da Teoria da Justiça na posição original faz com que a sociedade estabeleça a constituição. Tal modelo contratual não deve ser completamente neutra à realidade apreendida dessa sociedade. As normas constitucionais não são criadas para determinadas pessoas ou grupos, no entanto, o grupo que escreve a constituição compreende o viés social o suficiente para respeitar os princípios e elaborar uma legislação eficaz para a sociedade.

Assim, a constituição justa apreende o respeito ao procedimento. Nesse ponto, pode-se questionar se o procedimentalismo proposto na teoria de Rawls é do tipo puro. Fato é que todo processo legislativo, constitucional ou infraconstitucional, pode acarretar uma legislação justa ou injusta, ocorre que se deve escolher a melhor estrutura do processo político mais exequível à realidade posta.

Por tal, o objeto da justiça se circunscreve à justiça social e tem como estrutura central o modo como as instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais auferidos pela cooperação social, assim, a “estrutura fundamental é o principal objeto da justiça, uma vez que seus efeitos são muito profundos e evidentes desde o início” (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 390).

As pessoas na estrutura fundamental desconhecem qual será seu futuro na construção da sociedade, esse pensamento Rawls denomina de véu da ignorância. A

estrutura inicial intui que as pessoas ali figurantes conhecem suas posições sociais, econômicas e políticas, mas não permitem que o fato influa nas escolhas a serem feitas. Há desde esse momento uma desigualdade presente no ponto de partida, visto que os homens que moldam o contrato social já estão em posições distintas, “Essas desigualdades são particularmente profundas” (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 390).

A desigualdade que existe desde a estrutura fundamental e que demonstra a inevitabilidade deste fenômeno em toda e qualquer sociedade, desponta na dificuldade de se pensar e formatar uma constituição política capaz de atender a todos. Um modo de enfrentar a desigualdade e produzir uma constituição eficaz é aplicar os princípios da justiça proposto por Rawls, tendo como perspectiva esquematizar a Constituição e a Justiça, como resultado há uma diminuição da desigualdade social, nisto, a “justiça de um esquema social depende essencialmente do modo como são repartidos os direitos e os deveres fundamentais, das oportunidades econômicas e das condições sociais nos vários setores da sociedade” (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 391).

Esses direitos e deveres fundamentais interessam em relação aos seguintes aspectos na teoria de Rawls: dimensionar o conteúdo material e procedimental das normas que emanam desde a constituição até aos contratos formados entre os particulares. Há uma manifesta transversalidade normativa que deve ser respeitado por qualquer que seja o instrumento normativo, o tipo de decisão judicial e a estrutura de Governo ou Estado (RAWLS, 1997, p. 241).

Rawls, de modo assertivo aponta que os princípios não são, a priori, aplicados ou valem para todos os casos. A afirmação embora em primeiro momento apresente uma inconformidade aparente deve ser analisada profundamente. Os princípios de adequação

da estrutura fundamental são aplicáveis para e na conformação das instituições que moldam a constituição. Da constituição depreende-se princípios que com lastro aplicar-se-ão em situações concretas (RAWLS, 1997, p. 242).

Em continuidade, Rawls questiona quais seriam os princípios a serem escolhidos para a promoção da equidade na posição inicial (originária), ou seja, antes da formação das instituições sociais.

Como posição originária pode-se compreender o *status quo* inicial que faz garantir equidade entre os participantes reunidos com o objetivo de estruturarem os princípios da justiça (RAWLS, 1997, p. 17 - 21). Como evitar que as pessoas na posição originária desfrutem beneficentemente de suas vantagens naturais, econômicas e sociais? A essa pergunta, Rawls aponta como sendo o problema da justificação. A resposta se dá com a definição em detalhes do problema ou problemática inicial. À problemática inicial, Rawls define como sendo de interpretação da situação de escolha inicial: “Mas, de que modo pode-se decidir qual a interpretação mais adequada?” (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 425). Para responder a justificação por sua escolha, Rawls defende que:

- A ideia é simplesmente aquela de esclarecer quais restrições podem ser impostas aos argumentos em favor dos princípios de justiça e, por conseguinte, aos próprios princípios (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 425).
- Parece razoável e em geral aceitável que ninguém deve mostrar-se privilegiado ou não na escolha dos princípios, devido ao acaso natural ou às circunstâncias sociais (RAWLS, 1997, p. 20).

- Deve-se, então, assegurar que as tendências e aspirações particulares de cada um, assim como as concepções que as pessoas têm do próprio bem não influam nos princípios adotados (RAWLS, 1997, p. 20).
- Por exemplo, quem descobrisse que ficou rico consideraria racional um princípio segundo o qual alguns impostos para fins assistenciais deveriam ser considerados injustos; se, ao contrário, descobrisse que ficou pobre, muito provavelmente proporia o princípio oposto (RAWLS, 1997, p. 20).
- Na posição originária as partes são iguais. Isso significa que todos têm os mesmos direitos no procedimento para a escolha dos princípios; cada um pode fazer propostas, apresentar razões para sua aceitação e assim por diante (RAWLS, 1997, p. 20).
- Existe, porém, outro modo de justificar uma particular construção da posição originária. Ele consiste em ver se os princípios que seriam escolhidos se harmonizam com as convicções ponderadas da justiça como equidade (RAWLS, 1997, p. 20).

Logo,

Posto este aspecto da teoria de Rawls, não surpreende descobrir que ele defende o seu método contratual, não a partir da tese de que <<ser justo>> é simplesmente ser passível de escolha na posição original, mas antes com fundamento em que qualquer acordo alcançado na posição original é equitativo por natureza. E Rawls concebeu a posição original de modo a satisfazer exigências que garantem essa equidade. (KUKATHAS; PETTIT, 2005, p. 44)

Esse complexo processo estabelecido e referenciado acima pode ser depurado da seguinte forma: é imprescindível aplicar a situações manifestamente questionáveis, “se

esses princípios se ajustam às nossas convicções ponderadas de justiça” (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 406). Temos situações postas que são injustas. Retroceder essa situação à posição original faz vislumbrar se a posição original está em conformidade com a justiça como equidade ou não.

A esse estado de coisas Rawls denomina de equilíbrio reflexivo. Equilíbrio porque “ao final, nossos princípios coincidem com nossos juízos” (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 406). Reflexivo em razão de sabermos “a quais princípios se adaptam os nossos juízos e conhecemos as premissas de sua derivação” (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 406). Esse estado de coisas não é estável. Pode e deve ser revisto de acordo com situações postas.

Logo, a base preliminar de toda a questão desse estado de coisas são os princípios da justiça que serão escolhidos. Os princípios propostos pelos indivíduos na posição originária cobertos pelo véu da ignorância têm que ver com a liberdade e igualdade, valores morais que toda e qualquer sociedade deve ter como estruturante e inarredável.

Eis os princípios:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoáveis, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 1997, p. 64)

A igualdade e liberdade devem permanecer como primados em que um não solape o outro, daí o liberalismo igualitarista ou igualitarismo liberal (LIMA, 2020, p. 231).

O princípio da igual liberdade pressupõe um amplo sistema que faz garantir as liberdades básicas igual para todos os cidadãos. Nessa organização, as liberdades individuais (RAWLS, 2003, p. 62), são destacados de modo que todos tomem amplo conhecimento.

O segundo princípio relaciona-se com maestria com a igualdade, ou, na forma como apresenta Rawls, trata-se de um modo mais adequado de ordenar as desigualdades sociais e econômicas. Para tal, Rawls destrincha a ideia geral em dois subprincípios: a) o princípio da diferença e, b) princípio da igualdade de oportunidades.

O princípio da diferença (considerada como vantajosa para todos dentro do limite do razoável) pressupõe a importância de a sociedade reconhecer a desigualdade latente e, desse mesmo grupo, promover a distribuição igual da riqueza, com exceção da aplicação desse princípio se, e somente se, a desigualdade econômica e/ou social trouxer maior benefício para o menos favorecido (RAWLS, 1997, p. 78).

O subprincípio da igualdade de oportunidades requer o reconhecimento da sociedade em texto normativo de que todos os cidadãos devem ter igual oportunidade de participar dos diferentes cargos ofertados pelo Estado (RAWLS, 1997, p. 88).

1.9 Distintividade da Teoria da Justiça em Rawls

Rawls cria uma teoria estruturante da justiça como equidade e tem como base: o bem-estar social mínimo, a justiça distributiva e a cooperação no pacto social.

De modo determinante, Rawls declara que a sua teoria não tem aplicabilidade direta nas relações sociais, por ser uma teoria de conformação das instituições sociais e formadora de um sistema de direito público³².

Diferentemente de seus antecessores contratualistas, Rawls tem sua marca distintiva na formulação do véu da ignorância.

De modo inicial, o véu da ignorância é construído como um procedimento de justiça procedimental que tem como filtro a equidade. Com essa base procedimental, a sociedade estará compelida – pela norma ou pela moralidade – a analisar os princípios fundantes e, assim, direcionar a escolha racional na tomada de decisão³³.

A posição original proposta, e a qual devemos nos remeter sempre que necessário, não é uma constituição de uma assembleia ou reunião da maioria para a escolha da posição original. A posição original será concebida como o *modus* pelo qual se verá a racionalidade do passado escolhendo e decidindo sobre os casos conflituosos do presente. (SANTOS, 2017, p. 61)

³² “Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrerem violações.” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes, 1ª ed., São Paulo, 1997, p. 21.

³³ Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social, além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre qual geração pertencem. Essas restrições mais amplas impostas ao conhecimento são apropriadas, em parte porque as questões da justiça social surgem entre gerações e também dentro delas, por exemplo, a questão da taxa apropriada de poupança de capital e da conservação de recursos naturais e ambientais. Também existe, pelo menos teoricamente, a questão de uma política genética razoável. Nesses casos também, a fim de levarem adiante a ideia da posição original, as partes não devem conhecer as contingências que as colocam em oposição. Elas devem escolher princípios cujas consequências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertencam.” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes, 1ª ed., São Paulo, 1997, p. 147.

Ainda³⁴:

[...] as razões para recorrermos ao véu de ignorância ultrapassam a mera simplicidade. Queremos definir a posição original de modo a chegarmos à solução desejada. Se for permitido um conhecimento das particularidades, o resultado será influenciado por contingências arbitrárias. Como já foi observado, dar a cada um de acordo com seu poder de ameaçar não é um princípio da justiça. Para que a posição original gere acordos justos, as partes devem estar situadas de forma equitativa e devem ser tratadas de forma igual como pessoas éticas. A arbitrariedade do mundo deve ser corrigida por um ajuste das circunstâncias da posição contratual inicial. Além disso, se, na escolha dos princípios, exigíssemos a unanimidade mesmo quando há um pleno conhecimento das informações, apenas alguns casos muito óbvios poderiam ser decididos. Nesse caso, uma concepção de justiça baseada na unanimidade seria de fato frágil e irrelevante. Mas, uma vez excluído o conhecimento, a exigência da unanimidade não é de grande importância. Oferece-nos a possibilidade de afirmar que a concepção da justiça aqui privilegiada representa uma genuína conciliação de interesses. (RAWLS, 1997, p. 152)

Com a posição original, a sociedade pode escolher para o presente e preservar, com racionalidade, para o futuro.

1.10 Justiça Social na Construção de Rawls: Reconciliação entre liberdade e igualdade no Estado Liberal

Rawls retoma o contratualismo de Locke e Kant para estabelecer a questão sensível da pluralidade social, da desigualdade e dos elementos da cooperação social:

Liberalismo, nesse caso, simplesmente se confunde com a defesa incondicional da propriedade e, pelo menos até certo ponto, do “livre mercado”. Nada tem que ver com a igualdade, nem com o pleno exercício da cidadania. O problema da conciliação só existe quando se considera que os dois valores, liberdade e igualdade, balizam a tradição das democracias constitucionais do Ocidente e permanecem relevantes. Essa tradição é a grande moldura da reflexão rawlsiana.

³⁴ “Observe também que o conteúdo do contrato social mudou de maneira significativa: em vez de ser um acordo concernente a uma forma de governo, o contrato social imaginado por Rawls é um acordo concernente à estrutura básica da sociedade.” LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça, de John Rawls**. Porto Alegre: Grupo A, 2013. *E-book*. ISBN 9788565848237. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565848237/>. Acesso em: 26 mai. 2023, p. 24.

Ele não pretendeu construir uma teoria da justiça para qualquer sociedade, mas uma capaz de expressar, com o maior equilíbrio, certos valores consolidados na cultura ocidental moderna, especialmente a partir da Reforma. Esses valores incluem tanto a igualdade quanto uma noção nova da liberdade individual. Tolerância e respeito à pluralidade dos fins pessoais e das concepções de bem podem ser considerados mera especificação desses temas. É fácil perceber como os dois valores balizam essa cultura. Tente-se imaginar uma questão constitucional, mesmo relativa à segurança do Estado e à soberania, que não seja redutível a um debate sobre liberdade, no sentido moderno, ou sobre igualdade. (KUNTZ, 1998, p. 2)

A governabilidade e legitimidade desse modelo contratualista ocorre com a implementação de instrumentos que solidificam o combate às estruturas da desigualdade (SANTOS, 2017, p. 44), algo que faz aproximar a um modelo de Estado de Cidadãos-Proprietários³⁵, ou seja, prover os direitos políticos, civis e econômicos³⁶.

A liberdade no liberalismo contratual de Rawls, assim pode ser compreendida:

Tentamos [...] formular princípios de justiça política tais que, se a estrutura básica da sociedade – as principais instituições políticas e sociais e a maneira como interagem formando um esquema de cooperação – satisfizer esses princípios, podemos dizer em sã consciência que os cidadãos são de fato livres e iguais. (RAWLS, 2003, p. 4)

³⁵ “Seu tema é o da justiça social, isto é, ‘justiça da estrutura básica da sociedade’, ou a maneira como se distribuem direitos e deveres fundamentais e a partilha do produto social, isto corporificado na constituição e arranjos econômicos sociais”. MACEDO, Ubiratan Borges. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995, p. 89.

³⁶ “No pensamento neoliberal de Rawls o contrato é pensado não como uma teoria do governo legítimo legítimo, como surge em Grócio, Hobbes ou Locke, mas para estruturar uma teoria da justiça. Rawls afirma que o conceito de contrato tem um papel decisivo: sugere as condições de publicidade e estabelece os limites do acordo. Assim, a justiça como equidade usa o conceito de contrato de uma forma mais ampla, servindo para manter bem nítidas as exigências do conceito de justo. Ele é um dispositivo utilizado por Rawls para garantir que a estrutura básica preferida seja identificada como aquela que satisfaria os limites ou restrições do conceito de justo”. CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária: Estado Social e Escolha Individual**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 246.

Na conformação das instituições encontra-se a justiça como equidade enquanto mecanismo de eficiência, organização e regulação das leis³⁷:

Tal como formulada por John Rawls, por exemplo, a questão da justiça não implica nenhum compromisso com o jusnaturalismo. Rawls, porém, pode tomar como um dado o material ideológico fornecido pela tradição. Seu problema é a combinação desse material. Mas esse estoque de valores tem uma história filosófica e essa história inclui o debate sobre a lei e o direito naturais. Foi esse o ponto de partida lockiano, na construção de sua teoria política, e não se pode entendê-la sem começar por aí. (KUNTZ, 1998, p. 2 - 3)

A justiça como equidade estabelece um reencontro entre a liberdade e igualdade, sem desvirtuar esses predicados a ponto de tornar-se uma teoria neomarxista:

O aspecto relevante da igualdade imposta, não aproxima a Teoria do Estado Socialista, uma vez que a condução conclui para o rearranjo entre o liberalismo clássico e os novos direitos liberais³⁸. (CATARINO, 2008, p. 246)

Ainda:

Então, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito bem como por uma identidade de interesses. Há uma identidade de interesses porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que terias qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços. (RAWLS, 1997, p.5)

³⁷ “Assim, enquanto a função distintiva das concepções da justiça é aquela de especificar direitos e deveres fundamentais e determinar a correta distribuição de cotas, o modo como toda a concepção faz isso destina-se a influenciar questões de eficiência, coordenação e estabilidade”. MAFFETONE; Sebastiano. VECA, Salvatore. **A Ideia de justiça de Platão a Rawls**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 389.

³⁸ “De acordo com Rawls, esta liberdade dos antigos afasta-se da dos modernos não apenas pela emergência de um novo arquétipo de subjetividade (o indivíduo político com os meus direitos civis e suas liberdades básicas), mas muito mais pela internalização desse tal conflito latente e porventura irreconciliável CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária**: Estado Social e Escolha Individual. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 246.

A cooperação realizada no pluralismo democrático redimensiona a ideia de liberdade ao equilibrar a relevância de cada interesse para possibilitar a participação compartilhada. Os princípios da justiça de Rawls determinam o ajuste social da redistribuição. Logo, “Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social” (RAWLS, 1997, p.5):

Uma sociedade “bem-ordenada” o é por planejar o bem a todos da sociedade, com base em um conceito de justiça. Isso ocorre porque nessa sociedade (i) todos reconhecem o mesmo conceito de justiça, ou ainda, os mesmos princípios de justiça e; (ii) as instituições sociais sabem quais são e como aplicar esses conceitos e princípios de justiça. (SANTOS, 2017, p. 46)

A individualidade não impede a aplicação da justiça como equidade^{39 40}, no entanto, importa encontrar a racionalidade para aplicação:

Nesse diapasão, dois pontos são relevantes nessa análise inicial; i) há uma premente necessidade de realocar os novos rumos do Estado para reafirmar as liberdades do passado conjugadas com as novas liberdades estabelecidas com a evolução do constitucionalismo e; ii) modernamente, o pensador estabelece que, embora no surgimento do liberalismo a homogeneidade era regra na Sociedade, a evolução agrupou núcleos anteriormente distantes em cultura, considerações sobre igualdade, etc., transformando a Sociedade em heterogeneia. Logo, o anterior liberalismo não alcançava a multiplicidade do pensamento da Sociedade, retransmitido nas instituições. (SANTOS, 2017, p. 46)

³⁹ A respeito do conceito de justiça: “A Justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar. Mas há uma diferença importante entre o conceito de Justiça e os outros citados. Igualdade, liberdade, etc, são termos descritivos. Embora abstratos e teóricos, podem ser definidos de tal modo que as afirmações em que se evidenciam são verificáveis, de um modo geral, pelo simples confronto com a evidência empírica”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Ciência Política**. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011, p. 401.

⁴⁰ A respeito do conceito de justiça elaborado por Rawls, Van Parijs afirma: “não opera nenhuma distinção arbitrária entre pessoas na atribuição dos direitos e dos deveres quando determina um equilíbrio adequado entre as reivindicações conflitantes referidas às vantagens da vida social”. CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária: Estado Social e Escolha Individual**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 254.

1.11 Teoria na Berlinda: Liberalismo Político

A teoria da Justiça de Rawls sofre ferozes ataques da comunidade acadêmica que vão desde autores libertários (como Nozick) até comunitários (como Dworkin). Rawls na construção do diálogo filosófico procura responder e em alguns pontos reformular e refundar aspectos da teoria.

Nozick aponta uma impossibilidade de se argumentar uma teoria da justiça aplicada para a perspectiva social, tendo em vista que apenas ações humanas podem ser deontologicamente representadas⁴¹. Não apenas, o autor aponta que na teoria de Rawls não é possível a individualização dos direitos individuais. Ou, a alta carga moral pode denotar uma restrição indevida às garantias de direitos individuais:

Nada justifica que alguns de nós se sacrifiquem em nome dos outros. Essa ideia básica, ou seja, de que existem indivíduos diferentes com vidas distintas, e que, portanto, nenhum deles pode ser sacrificado pelos outros, é fundamental para a existência das restrições morais indiretas; em minha opinião, porém, também, leva a restrição libertária indireta que proíbe a agressão contra o outro. (NOZICK, 2016, p. 41)

Ainda:

Se essas restrições preventivas são injustas, o motivo não pode estar no fato de elas proibirem de antemão atividades que, embora perigosas, possam vir a se mostrar inofensivas. Pois um sistema jurídico de observância obrigatória que inclui a proibição da aplicação de justiça privada se baseia, ele próprio, em considerações de natureza preventiva. (NOZICK, 2016, p. 182)

⁴¹ “A igualdade prevista nessa teoria é a igualdade perante a lei e a igualdade de condições na qual se inclui a de oportunidades. Para ilustrar, usa-se por vezes o modelo de uma corrida por um prêmio. Nozick, porém, nos adverte que a vida não é uma corrida unificada em seus aspectos múltiplos e sujeito a julgamento por juízes”. MACEDO, Ubiratan Borges. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995, p. 106.

Para Nozick, o Estado tem por razão de existir limitar a atuação do Governante (anarquia) e o princípio distributivo de Rawls é incompatível com sua origem e natureza. As relações jurídicas decorrem da existência da sociedade, nada tem que ver com um momento hipotético:

[...] uma dupla distinção: a) Princípios históricos e princípios de resultado ou estado final (*end state*) de justiça social. Os primeiros afirmam que uma distribuição é justa ou não, dependendo de como ocorreu no passado; por isso histórica. Para os segundos, uma distribuição de bens dada numa sociedade determinada é justa ou injusta, não em função do passado, mas da maneira como são agora distribuídos os bens ou da forma como é julgada a distribuição existente por um princípio estrutural; b) Princípios padronizados e não padronizados de justiça. Nozick distingue entre distribuição que obedece a um padrão, “uma dimensão natural”, e a que não obedece a um padrão definido. (MACEDO, 1995, p. 108)

Apesar das críticas apontadas por Nozick, importa ressaltar sua centralidade em pensar a justiça social na propriedade e sucessão, sem se preocupar com os extremos que de fato existem na sociedade real (PERLINGEIRO, 1998).

Rawls, de modo elegante, abre o debate elogiando a vividez da teoria defendida por Nozick ao afirmar que a grande característica presente é o reconhecimento de que o Estado é como qualquer instituição privada existente. Quanto a defesa de suas ideias, pode-se condensar da seguinte forma: i) a função das instituições da estrutura fundamental é garantir um *background* equitativo que gere ações, igualmente equitativas, de indivíduos e associações; ii) é possível a corrosão do *background* equitativo ainda que todos busquem agir de forma justa, para evitar que a mão invisível guie na direção errada é preciso a existência de instituições especiais que forcem a manutenção do pano de fundo equitativo; iii) as normas de base não obrigam indivíduos, pois são normas de

compreensão acessível, e; vi) existem dois tipos de normas sociais, uma do tipo de organização do *background* equitativo e, as normas que regulamentam o direito contratual e relações privadas, bem como as que se aplicam a fraude, coação e afins (RAWLS, 2016, p. 317 - 318).

Amartya Sen centra sua crítica no procedimentalismo puro da teoria de Rawls. Isso significa que a Teoria da Justiça propõe analisar as questões e conceitos transcendentais sem efetivar o tratamento da desigualdade real:

A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. (SEN, 2011, p. 48)

Sen e Rawls concordam com a propositura finalística de uma teoria que precisa dar resposta às injustiças sociais, no entanto, discordam quanto ao procedimento para se chegar a esse ponto fulcral. Rawls tem um viés filosófico-moral e Sen requer, para tanto, a análise da realidade social (SEN, 2011, p. 38). Por fim, Rawls se propõe a responder sobre *como tratar essas variações* (que dizem respeito às capacidades básicas)? De início, há de se distinguir quatro variações possíveis: i) as que atingem as capacidades e habilidades morais e intelectuais; ii) as que atingem as capacidades físicas, incluindo enfermidades e contingências sobre as capacidades naturais; iii) concepções sobre o bem; iv) variações sobre gostos e preferências pessoais (RAWLS, 2016, p. 216):

Dada nossa posição de que todos têm capacidade de ser um membro cooperador normal da sociedade, dizemos que, quando os princípios de justiça (com seu índice de bens primários) são satisfeitos, nenhuma dessas variações entre os

cidadãos é injusta, nem gera injustiça. Na realidade, essa é uma das principais teses da justiça como equidade. (RAWLS, 2016a, p. 216)

Rawls compreende que os cidadãos não possuem iguais capacidades, mas, por outro lado, detém ao menos o grau mínimo essencial das faculdades morais, intelectuais e físicas que possibilitam a cooperação social (RAWLS, 2016a, p. 217).

Sandel, no livro *O Liberalismo e os Limites da Justiça (2005)*⁴², critica o liberalismo de Rawls por ser uma teoria de universalidade e neutralidade da justiça, que restringe em demasia a individualidade:

Segundo Sandel, Rawls pretende que a justiça tenha o papel moral de servir como “critério de avaliação” quase-transcendental sobre as diversas concepções de bem (concepções religiosas filosóficas e/ou morais) existentes na sociedade e, assim, determinaria quais são as concepções permissíveis. (REIS, 2012, p. 46)

Outra crítica apontada por Sandel tem que ver com o voluntarismo. Entende esse autor que o voluntarismo se liga a ideia de liberdade. O indivíduo, em sua liberdade, deve decidir sobre o moral e o imoral sem uma predefinição transcendental, a “crítica de Sandel a Rawls, apesar de enérgica e importante, não é decisiva. Embora seja possível que os argumentos de Rawls se fundem em bases incertas, os pressupostos da análise de Sandel são, por natureza, questionáveis” (KUKATHAS; PETTIT, 2005, p. 130)

Rawls propõe a responder as principais críticas à sua teoria de justiça como equidade, isso faz com que alguns ajustes teóricos ocorram no decorrer dos anos:

⁴² SANDEL, Michael J. **O Liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

Quadro 1 - Quadro comparativo: Enunciados dos princípios de justiça de Rawls

Teoria da Justiça	Justiça e Democracia	Liberalismo Político	Justiça como Equidade: uma reformulação
1971	1978	1993	2002 (baseado em apostila de 1989),
Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas	(1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, compatíveis com um mesmo sistema para todos.	a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.	(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e

<p>Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto: (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.</p>	<p>(2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e posições abertas a todos em condições de justa (fair) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavorecidos da sociedade.</p>	<p>b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.</p>	<p>(b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, tem de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da Sociedade (o princípio da diferença).</p>
--	--	---	---

Fonte: GATTO, 2016.

Em o *Liberalismo Político*⁴³, Rawls resume as mudanças ou evoluções teóricas ao afirmar que:

A alteração mencionada no primeiro princípio é que a expressão 'um sistema plenamente adequado' substitui a expressão 'o sistema total mais extenso', utilizada em Teoria. Essa alteração leva a inserção das palavras 'que seja' antes de 'compatível'. (RAWLS, 2016a, p. 345)

⁴³ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

Ao explicar essa alteração, Rawls informa que o sistema de liberdades fundamentais não foi escrito para maximizar o desenvolvimento e o exercício das faculdades mentais dos particulares (cidadãos) (RAWLS, 2016a, p. 393), logo, “essas liberdades, se sua prioridade, devem garantir igualmente a todos os cidadãos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento apropriado e o exercício pelo e informado dessas faculdades [...]” (RAWLS, 2016a, p. 393).

Aponta ainda que há mais duas razões para desconsiderar a maximização do sistema de liberdades fundamentais: i) a primeira é que não se tem, previamente, a dimensão coerente daquilo que deve ser maximizado; ii) a segunda diz respeito a impossibilidade das faculdades morais apresentadas no primeiro princípio não esgotarem o que é a pessoa, uma vez que há uma pós concepção do bem primário que pode ser desenvolvida por cada indivíduo (RAWLS, 2016a, p. 395). Arremata essas considerações apontando que a concepção inicial dos princípios da justiça pode mudar de acordo com as perspectivas sociais que decorrem da vivência humana.

1.12 Construção de um Constitucionalismo a partir de Rawls

Tércio Sampaio (2003. p. 15 - 16) apresenta a fenomenologia do poder em estreita relação com a perceptividade social da unidade, isso significa que o exercício e a expressão do poder, normalmente ocorrido por uma norma jurídica, gera a unicidade social. A unidade é garantia de continuidade organizacional, cultural etc. No período pós

segunda guerra mundial, muitos dos paradigmas (poder, sociedade, cultura, política etc.) começaram a ser repensados:

O que se busca destacar com essas observações é que a pretendida “purificação” do direito pelo positivismo talvez tenha sido um ingrediente que, se não contribuiu, ao menos tornou o direito insuficiente para conter o avanço de fenômenos totalitários como o mencionado¹⁶. E, afinal de contas, depois de eventos como aos que assistimos no século XX, como continuar defendendo a tese de que todo o direito se esgota nas normas que devem ser neutras ideologicamente e positivas quando sentimos cotidianamente a necessidade de nos referirmos a leis injustas ou a decisões judiciais injustas? (GONZAGA, 2020, p. 164)

O poder na dogmática jurídica, de modo geral, não adentra na base da análise do direito. O poder surge como elemento extrajurídico de influência para formação do direito e suas variabilidades, associando-se o poder como faculdade de obrigação, agir e interagir de acordo com a norma posta.

A expressão da soberania ocorre na forma da modulação que se quer expressar nas mais diversas camadas da existência social. Esta modulação pode ser entendida como efetividade social e, o instrumento utilizado para dar unicidade nas camadas sociais diversas é conhecida como Ordenamento Jurídico.

Poder na perspectiva soberana e ordenamento jurídico representam simbioticamente a função de tradução entre o desejável – poder absoluto e, o realizável – poder democrático. A linguagem - aqui entendida como modo de expressão comunicacional e simbólica⁴⁴ - por meio do qual se instrumentalizada o poder democrático é a norma jurídica:

⁴⁴ Adota-se tal conceito por não ser objeto da construção teórica a assunção de perspectivas vinculadas à pragmática jurídica, como linguagem da norma jurídica, assim explicada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

As fontes reconhecidas correspondem a normas já produzidas por um poder qualquer que recebem ambos – normas e poder – a chancela do poder soberano. As fontes delegadas referem-se a poderes criados pelo poder soberano e as normas futuras, a serem criadas pelos poderes delegados. (FERRAZ JUNIOR, 2003. p. 24)

A norma e a liberdade demonstram a compatibilização do viver racional para que surjam ações orgânicas entre Estado e Indivíduo:

Na experiência do Direito existe uma intrínseca exigência de racionalidade, refere Miguel Reale, o que, no caso especial da experiência jurídica se traduz no surgimento da norma de direito como modelo racional de conduta e no constituir-se o ordenamento jurídico como sistema orgânico de modelos e ações. Elo que relaciona juridicamente poder e liberdade, Estado e indivíduo – a lei, no entanto, somente poderá representar esse elemento de conciliação quando tender à realização da Justiça – à qual ascende o Direito. (GARCIA, 2003, p. 15)

O direito é representação máxima da coordenação da racionalidade, que é instrumentalizado pelo ordenamento jurídico. Ocorre que nem sempre essa construção normativa é conduzida de modo a garantir a racionalidade, aqui entendida por liberdade. Há uma tensão entre Estado e liberdade individual.

Historicamente, conhece-se tal movimento de luta pelo direito inerente ao homem como Constitucionalismo⁴⁵:

O constitucionalismo contém no seu núcleo um duplo compromisso difícil de manter: um compromisso com a ideia de direitos e, ao mesmo tempo, um compromisso com a ideia de democracia. O primeiro é geralmente expresso na adoção de uma lista de direitos incondicionais e invioláveis. O segundo

em seu livro Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁵ “Consubstancia-se numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36.

compromisso, por sua vez, aparece na adoção de um sistema de tomada de decisões baseado na eleição periódica das autoridades, que se realiza de acordo com os resultados de uma votação por maioria. (tradução nossa) (GARGARELLA, 2005, p. 2) ⁴⁶

A garantia fundamental da liberdade é a preocupação do Ordenamento Jurídico, com toque retro operante na Constituição. A norma constitucional organiza o Estado e propõe limites para a garantia das liberdades fundamentais, como a participação democrática efetiva. A liberdade é a antessala da democracia⁴⁷.

1.12.1 Aspectos da Norma Constitucional

Rawls entende que a democracia tem um aspecto dualista, isso significa que a norma constitucional decorre do poder originário (aqui compreendida também o poder derivado, decorrente etc.) e distingue-se da norma ordinária:

O primeiro princípio é a distinção de Locke, em Two Tratises, entre o poder constituinte do povo para estabelecer um novo regime e o poder ordinário das autoridades públicas e do eleitorado, exercido na política cotidiana. O poder constituinte do povo (II, §§ 134 e 141) institui uma estrutura para regular o poder ordinário e somente entra em cena quando o regime existente se dissolveu.

A segunda distinção é entre a lei mais alta e a lei ordinária. A lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e é investida da autoridade mais elevada da vontade de “Nós, o povo”, ao passo que a legislação ordinária se reveste da

⁴⁶ No original: “El constitucionalismo encierra en su núcleo un doble compromiso difícil de mantener: un compromiso con la idea de derechos, al mismo tiempo que otro vinculado con la idea de democracia. El primero de ellos se expresa, habitualmente, en la adopción de una lista de derechos incondicionales e inviolables. El segundo compromiso, mientras tanto, aparece en la adopción de un sistema de toma de decisiones que tiene su eje en la elección periódica de autoridades, que se realiza conforme a los resultados de una votación mayoritaria.”

⁴⁷ “Vemos, assim, claramente que o poder “despótico” e o governo político são, apesar da opinião de alguns, coisas muito diferentes. Um só existe para os escravos; o outro existe para as pessoas que a natureza honrou com a liberdade. O governo doméstico é uma espécie de monarquia: toda casa se governa por uma só pessoa; o governo civil, pelo contrário, pertence a todos os que são livres e iguais”. ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 7.

autoridade e constitui a expressão do poder ordinário do Parlamento e do eleitorado. A lei mais alta obriga e guia este poder.

Percebe-se que na esteira de Ackerman, Rawls entende por bem separar a norma constitucional e a infraconstitucional⁴⁸, no entanto, em ambos os casos o dever de analisar a vontade democrática deve ser respeitada. Esse sistema é denominado por Ackerman de Constituição Dualista, o que denota uma dupla atuação da democracia, admitindo a existência de uma política normal e uma política constitucional⁴⁹:

[...] a Constituição dualista busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo.

As decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. [...] As decisões tomadas pelos governos ocorrem diariamente; entretanto, mediante determinadas condições. (ACKERMAN, 2006, p. 7)

De modo particular, Rawls aprofunda o debate iniciado por Ackerman ao analisar que o momento político não pode ser fundante para a tomada de decisão sobre a criação de uma norma constitucional. Ackerman chega à conclusão de que dado momento ou movimento político de vontade popular deve ser respeitado⁵⁰, ainda que para abolir

⁴⁸ “A democracia constitucional, portanto, é dualista: ela distingue o poder constituinte do poder ordinário, bem como a lei mais alta do povo da lei ordinária aprovada por instituições legislativas. A supremacia legislativa é rejeitada.” RAWLS, John. “O LIBERALISMO POLÍTICO”. Editora WMF Martins Fontes, 1ª ed., 2ª Tiragem, São Paulo, SP, 2016, p. 275.

⁴⁹ “La idea de Ackerman, para quienes no están familiarizados con ella, es que una democracia como la norteamericana se entiende mejor si se diferencia entre dos de sus expresiones principales: la “política normal” y la “política constitucional” (Ackerman 1991). La política normal distinguiría a la situación más común en la práctica de la comunidad, caracterizada por un bajo nivel de involucramiento cívico en la toma de decisiones.” GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, v. 7, n. 14, p. 0, 2005, p. 2.

⁵⁰ “A questão, assumidamente visionária no momento em que escrevi este livro, pode ser colocada mediante um contraste com a situação constitucional atual. Enquanto o Primeiro Congresso Federalista caminhou na direção da exigência popular para a elaboração de um Bill of Rights, ele não vinculou esse Tratado a modificações subsequentes por meio da política constitucional. Até a presente data é possível

norma fundamental, em contrariedade Rawls começa sua argumentação com a seguinte questão: “[...] para validar uma emenda é suficiente que seja aprovada de acordo com o procedimento do Artigo V?”⁵¹ (RAWLS, 2016a, p. 281).

Para tanto, Rawls responde que uma mudança desse espeque carece de validade por alterar uma tradição constitucional da mais antiga democracia. A validade se fundamenta pela longa prática histórica. A aceitação de uma revogação ou supressão de direitos fundamentais equivaleria a uma ruptura constitucional (RAWLS, 2016a, p. 282 - 283).

Logo, com tal posição Rawls é:

[...] rompe claramente com a lógica dualista aparentemente aceita. De acordo com esta lógica, nada se coloca acima dos acordos constitucionais dos cidadãos - nada, a não ser um outro acordo constitucional fundamental, posterior a eles. De acordo com ela, aliás, o respeito muito especial que merecem os direitos consagrados no texto ou nas emendas da Constituição não tem outro fundamento senão o acordo social extraordinário que lhes deu origem. Rawls, porém, afasta-se abruptamente da interpretação ackermaniana do "dualismo" para se refugiar

alterar a Primeira Emenda, como constata a recente reação popular com relação à proposta do Presidente Bush para a emenda constitucional. Suponhamos que, dessa forma, um movimento surgisse em apoio ao Bill of Rights para o século XXI. Tentando superar o Tratado do século XVIII, deveria o povo reconsiderar o fracasso dos Fundadores de vincular os direitos fundamentais contra a revisão constitucional? Muitas constituições modernas têm assumido essa postura. [...]” ACKERMAN, Bruce. “Nós, o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional.”. Del Rey, 1ª ed., Belo Horizonte, 2006, p. 441 – 442.

⁵¹ O Artigo V trata da possibilidade de emendar a Constituição dos Estados Unidos: “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.” No original: “The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that *no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article*; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.”

de novo numa mundividência liberal. Isto não é de todo surpreendente se tivermos em conta o contexto geral da sua teoria, mas fá-lo no quadro específico que aqui estamos a analisar. Em última análise, o que acontece neste caso reafirma uma impressão geral que se pode fazer da sua obra posterior à "Teoria da Justiça". (Tradução nossa) (GARGARELLA, 2005, p. 10) ⁵²

A Constituição é, pois, um procedimento político justo que deve abarcar as liberdades políticas iguais, os valores equitativos que façam refletir os processos da decisão política (RAWLS, 2016a, p. 399). Um procedimento político justo deve conter: i) princípios substantivos, escolhidos na posição original, para a estrutura base, e; ii) diretrizes de indagação, correspondente aos princípios de argumentação e normas que auxiliam na escolha dos princípios que dirigirão as condutas morais (RAWLS, 2016a, p. 264).

Ainda, deve a Constituição conter elementos essenciais que demonstrarão os valores políticos, que são:

- a. os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria.
- b. os direitos e as liberdades fundamentais e iguais da cidadania que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar, tais como o direito de voto e de participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim, como as garantias do Estado de direito. (RAWLS, 2016a, p. 268)

⁵² No original: "Una respuesta de este tipo claramente rompe con la lógica dualista en apariencia aceptada. De acuerdo con dicha lógica, nada se sitúa por encima de los acuerdos constitucionales ciudadanos –nada, sino otro acuerdo constitucional fundamental, posterior a aquellos-. Según ella, además, el especialísimo respeto que merecen los derechos consagrados en el texto o las enmiendas de la Constitución no encuentra otro fundamento que el acuerdo social extraordinario que les dio origen. Rawls, sin embargo, se distancia de modo abrupto de la interpretación ackermaniana del "dualismo" para refugiarse nuevamente en una cosmovisión de raíz liberal. Ello no sorprende en absoluto si tomamos en cuenta el contexto general de su teoría, pero sí lo hace dentro del marco específico que aquí analizamos. En definitiva, lo que ocurre en este caso reafirma una impresión general que puede tenerse de su trabajo posterior a "Teoría de la Justicia"

As normas constitucionais da primeira rubrica (a) estruturam a organização e funcionalidade do Estado; as normas constitucionais da segunda rubrica (b) especificam direitos e liberdades fundamentais. Embora a igualdade equitativa não constitua elemento essencial, o princípio da diferença – responsável por efetivar o primeiro – deve ser analisado como uma questão de justiça básica⁵³:

Repito que este é o problema de Bentham, o da identificação artificial de interesses, só que neste caso as regras (procedimento justo) estão estruturadas para propiciar uma legislação (resultado justo) que tenda a concordar com os princípios da justiça e não com os da utilidade. Para resolver esse problema de modo inteligente, é necessário um conhecimento das crenças e interesses para os quais se inclinam os cidadãos envolvidos no sistema, como também das táticas políticas que eles julgarão racional utilizar, dadas as suas circunstâncias. [...] **A questão de se saber se uma legislação é justa ou injusta, especialmente em relação às políticas econômicas e sociais, está geralmente sujeita a divergências bem fundadas de opinião. Nesses casos, o julgamento muitas vezes depende das doutrinas políticas e econômicas especulativas e da teoria social em geral.** Frequentemente, o melhor que podemos dizer de uma lei ou política é que ela pelo menos não é claramente injusta. A aplicação precisa do princípio de diferença geralmente exige mais informações do que podemos esperar obter e, de qualquer forma, exige mais do que a aplicação do primeiro princípio. Muitas vezes ficam perfeitamente claras e evidentes as circunstâncias em que as liberdades iguais são violadas. Essas violações não são apenas injustas, mas podem ser claramente percebidas como tais: a injustiça está patente na estrutura pública das instituições. No entanto, essa situação é comparativamente rara no caso de políticas econômicas e sociais reguladas pelo princípio da diferença. (grifos nossos) (RAWLS, 1997, p. 214).

O princípio da diferença terá uma aplicação na constatação dos elementos essenciais que compõem a norma constitucional. O constitucionalismo proposto por Rawls, como não poderia ser diferente, espelha a justiça como equidade.

⁵³ CATARINO, João Ricardo. “REDISTRIBUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Estado Social e Escolha Individual”. Almedina, 1ª ed., Coimbra, 2008, p. 255: “O princípio da diferença não deve confundir-se com o princípio da eficiência, desenvolvido por Pareto, a que supra fizemos referência, na medida em que este não nos fornece nenhum padrão distributivo. Já o princípio da diferença de Rawls exige que se constituam condições para que as diferenças de rendimento e riqueza maximizem as expectativas dos mais desfavorecidos. Ele chama a nossa atenção para o facto de uma igualdade equitativa de oportunidades ser insuficiente, sendo necessária a rectificação através de uma distribuição efectiva por intermédio da estrutura básica, nos termos do princípio da diferença.”

Logo, o princípio da diferença como veículo que “tenta estabelecer fundamentos objetivos para as comparações interpessoais de duas maneiras.” (RAWLS, 2016b, p. 109), deve ser acoplado à uma Constituição para tratar as distorções socioeconômicas subjacentes. Deve-se distinguir os elementos constitucionais especificados pelas liberdades fundamentais dos princípios que regem as desigualdades sociais e econômicas:

- a. Os dois tipos de princípios especificam papéis diferentes para a estrutura básica.
- b. É mais urgente estabelecer os elementos essenciais que tem por objeto as liberdades fundamentais.
- c. É muito mais fácil determinar se esses elementos essenciais estão sendo realizados.
- d. É muito mais fácil chegar a um acordo sobre quais direitos e liberdades devem ser fundamentais, evidentemente não em todos os detalhes, mas nos aspectos importantes. (RAWLS, 2016a, p. 271)

Os princípios escolhidos sob o véu da ignorância para a estrutura base do contrato social servem de norte para as decisões que aplicarão os elementos constitucionais da sociedade. Ao determinar a justiça como equidade como concepção política estruturante e raiz fundante da sociedade, a concepção política de justiça consegue alcançar os elementos constitucionais essenciais e as questões inerentes à justiça básica (RAWLS, 2016a, p. 272).

Essa construção proposta por Rawls em pensar os princípios da estrutura básica e os elementos essenciais da constituição, se aproxima muito de um movimento de

constitucionalismo preocupado com uma ação transformadora da sociedade⁵⁴, também designado de constitucionalismo democrático:

Todavia, tendo em conta sua peculiaridade e sua relevância para a formatação do constitucionalismo democrático contemporâneo e para o assim designado “neoconstitucionalismo” [...]

Mediante tal técnica e em termos gerais, pelo menos três coisas passaram a ficar bem definidas no âmbito do constitucionalismo contemporâneo: (a) é o Estado que existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado; (b) os princípios fundamentais (e/ou os assim chamados “valores superiores”) e os direitos e garantias fundamentais, embora não tenham primazia normativa formal, no sentido de permitirem a declaração de inconstitucionalidade de outros dispositivos da constituição, merecem uma proteção e uma normatividade reforçada e servem de critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e, em especial, infraconstitucionais. É precisamente por tal razão que alguns princípios fundamentais (inclusive os que dispõem sobre as decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado, a separação de poderes, o regime democrático etc.) e os direitos fundamentais, ainda que nem todos, e nem sempre da mesma forma, em muitas ordens constitucionais, são acompanhados de garantias especiais, como é o caso das assim chamadas “cláusulas pétreas”, da aplicabilidade imediata e da vinculação direta de todos os órgãos estatais aos direitos fundamentais, determinados instrumentos processuais para sua proteção na esfera judiciária, entre outros; (c) as constituições, em maior ou menor medida, explicitam uma ordem preferencial de valores. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2023, p. 25 e 37)

A partir da fundamentação de Rawls, conclui-se que seu constitucionalismo democrático tem como base a justiça como equidade, uma democracia constitucional dualista e elementos constitucionais essenciais.

⁵⁴ “Assim, de um Direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um Direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art. 3o. O Direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.” STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book*. ISBN 9788547215644. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/>. Acesso em: 19 jul. 2023, p. 97.

Cabe, no momento, analisar como o constitucionalismo de Rawls reverbera para a constitucionalização do direito privado.

1.12.2 Constitucionalização do Direito Privado

O Direito Privado^{55 56} é concebido dentro de uma visão positivista associada ao nascimento do *Code Civile* na França. Esse movimento positivista influenciou a percepção equivocada de que o direito era saber os artigos do Código Civil.

Em razão dessa percepção, a análise estrutural dos elementos de Direito Civil se subsumia à aplicação da norma, isso significa que bastava identificar no caso concreto se os elementos que a norma exigia para a existência daquele instituto estavam presentes.

Nessa concepção, que pode ser denominada de clássica, os institutos de Direito Civil interpretavam-se em si mesmos: o contrato é fim, a obrigação é fim, a responsabilidade civil é fim etc.

Em uma perspectiva contemporânea, o Direito Privado tem um caráter instrumental, logo, os institutos jurídicos são instrumentos para se alcançar uma finalidade maior, compreendido dentro de uma sistematização do ordenamento jurídico. Assim, tanto Direito Civil quanto no Direito Constitucional, têm-se meios para a

⁵⁵ Quando este autor fizer referência ao “Direito Privado” e não “Direito Civil”, o propósito será de dialogar com construções estrangeiras que utilizam a expressão Direito Privado com maior liberdade (como é o caso do direito anglo-saxônico e dos alemães). Em uma concepção puramente brasileira, o Direito Privado abarca diversos sub-ramos, como direito civil, empresarial, concorrencial etc.

⁵⁶ Perlingieri propõe um retorno à expressão direito civil, como se vê: “Existem pontos de confluência tão precisos entre o privado e o público que seria mais correto falar em Direito Civil do que de Direito Privado”. PERLINGIERI, Pietro et al. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª Ed, 1997, p. 54 – 55.

concretização de valores que revelam a dignidade da pessoa humana – grande objetivo das normas, regras e princípios de Direito Civil:

Em síntese, o fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais. (STRECK, 2017, p. 98)

Em contraposição ao argumento do princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento para a constitucionalização do direito privado ou mesmo como modelo interpretativo, adverte Otavio Luiz Rodrigues Jr.:

Em conclusão, é incompatível com a natureza da dignidade humana mencioná-la como expressão, aspecto ou causa da constitucionalização do Direito Civil. Pode-se dizer que a dignidade humana, ao menos no Brasil, foi constitucionalizada expressamente em 1988, com sua inclusão de entre os fundamentos da República (art. 1º, inciso III). Ela, no entanto, não precisava dessa constitucionalização para ser o que é. (RODRIGUES JR, 2023, p. 221)

Agora, com a revelação de um Direito Privado-Constitucional, a norma civilista precisa estar ajustado aos parâmetros hermenêuticos fixados na Constituição, de modo a fornecer um novo tipo de unicidade:

Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o Direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação. À medida que aumentam as demandas por direitos fundamentais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade, cada vez mais, o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes. (STRECK, 2017, p. 97)

A causa de justificação da norma civilista se volta para o texto Constitucional, a partir dos seus valores, parâmetros e princípios norteadores⁵⁷. O Direito Privado Clássico foi, principalmente na era da codificação, associado à concepção de uma ideia liberal, em que o Estado não intervém na sociedade e os cidadãos detinham liberdade para dispor dos seus interesses⁵⁸.

O Direito Civil, dito contemporâneo, está inserido em paradigmas de influência sobre o debate do pós-positivismo, Estado Democrático de Direito etc.

O pós-positivismo é um movimento em que a moral passa a interagir com o Direito⁵⁹. O sistema jurídico, que era fechado na visão positivista agora se abre a valores que estão fora do sistema jurídico, que ingressam por meio de princípios:

⁵⁷ Criticamente Otavio Luiz Rodrigues Jr. aponta que: “O equívoco de se associar constitucionalização do Direito Civil à supremacia constitucional é, portanto, de quatro ordens: a) histórica, como já demonstrado na descrição de suas origens; b) doutrinária, pois nunca houve contestação séria na dogmática do Direito Civil a seu caráter normativo ordinário e à sua subordinação constitucional; c) prática, a Constituição como centro da ordem jurídica foi um arranjo destinado a resolver problemas federativos e de conflitos de fontes; d) metodológica, trata-se de uma afirmação óbvia e tão genérica que impede a formação de um modelo de constitucionalização nela baseado. Mesmo nos Estados Unidos da América, com as peculiaridades de sua ordem jurídica, é axiomática a prevalência da Constituição e a vinculação do direito ordinário a seus preceitos, como demonstram os precedentes da Suprema Corte norte-americana. A supremacia hierárquica da Constituição não é uma expressão da “constitucionalização do Direito Civil”. JR., Otavio Luiz R. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646241. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646241/>. Acesso em: 19 jul. 2023, p. 226.

⁵⁸ “Portanto, o ideal da codificação relacionava-se estreitamente com o modelo do Estado Liberal, que era aquele no qual, segundo Habermas, “(...) uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado”³⁶. Tratava-se de uma “sociedade de Direito Privado”, na qual cabia ao Código delimitar a esfera da liberdade privada dos indivíduos, nas relações que estes mantinham no mercado. O Direito ainda não se abria para os interesses das classes desfavorecidas, inclusive em razão do caráter censitário do voto, que alijava do processo político a imensa maioria da população. O papel do Direito Privado era o de garantir as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, e ele o fazia assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato, ambos vistos como expressões necessárias da autonomia do indivíduo.” SARMENTO, Daniel. *A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003, p. 282.

⁵⁹ “A abordagem que defende a aplicação dos princípios constitucionais pelo julgador para encontrar – com ou sem ponderação – a solução correta é conhecida como neoconstitucionalista ou, especificamente no debate brasileiro, como pós-positivista. Tais termos indicam uma nova forma de “viver” o direito e resumem-se à opção que definimos e criticamos como moralista. Encontramos manifestações de adesão a essa

Mais recentemente, Eric Engle publicou um estudo monográfico intitulado Pós-positivismo, no qual ele mobilizou uma história das principais correntes da Ontologia e da Epistemologia, desde a Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média (Escolástica e Nominalismo), até alcançar a Modernidade com as polêmicas entre Direito Natural, teorias contratualistas e positivismo jurídico. Engle examina as teorias contratualistas contemporâneas (Dworkin, Rawls), os libertários (Nozick), o realismo jurídico norte-americano, o movimento de Law and Economics e a Escola de Viena (Mises e Hayek). Kelsen recebe uma especial atenção, seguido dos Critical Legal Studies e outras escolas menos representativas. O pós-positivismo funcionaria como um conceito guarda-chuva para diversas expressões contemporâneas de uma explicação não lógico-formal das relações entre Moral e Direito. (RODRIGUES JR, 2023, p. 204)

No pós-positivismo, a explicação não lógico-formal introduz princípios que passam a ter força normativa por retratarem valores relevantes da sociedade equivalente às regras jurídicas, nesse sentido, em respeito à construção histórica (dos valores relevantes), Rawls adverte que

Isso significa que a Carta de Direitos e as outras emendas são cláusulas pétreas (“entrincheiradas”)? Elas o são, no sentido de que são validadas por longa prática histórica. [...] A prática bem-sucedida de suas ideias e princípios ao longo de dois séculos coloca restrições àquilo que agora se pode considerar como uma emenda. (RAWLS, 2016^a, p. 281 – 283)

Embora Rawls faça referência ao movimento constitucional estadunidense, certo é que a base principiológica aplicada à realidade deles se aproxima em algum grau com a realidade constitucional brasileira, no aspecto da garantia de direitos historicamente conquistados e em fase de implementação. O pós-positivismo faz reverberar para toda ordem jurídica valores evidenciados pela história, como a liberdade, igualdade, legalidade etc.

perspectiva interpretativa em decisões do Supremo Tribunal Federal que a utilizam para fundamentar a ampliação de seus poderes criativo-decisórios.” DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 102, p. 215-254, 2011, p. 233.

Obviamente, isso repercute no Direito Civil porque ocorre uma abertura valorativa do sistema:

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos - mesmo os extrajurídicos - e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais (MARTINS-COSTA, 2017, p. 131)

A constitucionalização do Direito Civil impacta em sua aplicação, interpretação, entendimento e justificação a partir de valores sociais e constitucionais que, de um lado são parâmetros hermenêuticos e, de outro lado, fundamentam os institutos, por existir uma confluência em alguns pontos entre o direito público e privado⁶⁰.

Ao se inferir uma constitucionalização do direito privado em Rawls, se pretende afirmar que os parâmetros constitucionais encontrados na obra do autor estadunidense são aplicáveis as normas civilistas da contemporaneidade:

Em conclusão, começamos pela estrutura básica e tratamos de entender como ela deve realizar os ajustes necessários para preservar a justiça de base. O que procuramos, com efeito, é uma divisão institucional de trabalho entre a estrutura básica e as normas que se aplicam diretamente a indivíduos e associações e que eles devem cumprir em suas transações particulares. Se essa divisão de trabalho puder ser implementada, então os indivíduos e as associações ficarão livres para perseguir de maneira efetiva seus fins dentro dos quadros da estrutura básica,

⁶⁰ “Existem pontos de confluência tão precisos entre o privado e o público que seria mais correto falar em Direito Civil do que de Direito Privado. Não é somente uma mudança de etiqueta. O Direito Civil não se apresenta uma antítese ao Direito Público, mas apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário.” PERLINGIERI, Pietro et al. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª Ed, 1997, p. 54 – 55.

com a segurança de saber que, em outra parte do sistema social, estão sendo feitas as correções necessárias para preservar a justiça de base. (RAWLS, 2016a, p. 318)

Em Rawls, pode-se modernizar a compreensão hermenêutica do instituto do contrato e da responsabilidade civil frente à justiça como equidade e todos os seus elementos.

Há sempre de retomar a perspectiva apregoada por Rawls de que a estrutura base da sociedade e os princípios da justiça que moldam a constituição não são aplicáveis diretamente às questões privadas. Nesse ponto, há de se ressaltar a perspectiva apresentada pelo Professor Otavio Luiz Rodrigues Jr. (RODRIGUES JR, 2023, p. 391)⁶¹, de que o modelo de eficácia indireta das liberdades fundamentais – ou direitos fundamentais como operacionalizado no Brasil – é o melhor modelo de aplicação por respeitar as vantagens operacionais e metodológicas específicas do Direito Civil.

Por seu turno, Perlingieri reverbera um pensamento temperado ao encontrar na lacuna a possibilidade da aplicação direta da norma constitucional:

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos –

⁶¹ “Idêntico juízo também deve ser expresso àquela opinião – dita da “aplicabilidade (somente) indireta” – pela qual a norma constitucional poderia disciplinar uma relação de direito civil unicamente através da concomitante aplicação de uma norma ordinária, de maneira que, à falta de uma norma ordinária aplicável ao caso concreto, aquela constitucional não poderia atuar sozinha. As normas constitucionais – que ditam princípios de relevância geral – são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se. É importante constatar que também os princípios são normas.” PERLINGIERI, Pietro et al. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª Ed, 1997, p. 11.

em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdo. (PERLINGIERI, 1997, p. 11)

De todo modo, aplicando-se diretamente as normas constitucionais ou não, percebe-se uma preocupação crescente com o modo pelo qual ocorrerá a aplicação, tendo em vista que por vezes a internalização de institutos ou construções jurídicos ocorrem sem o devido rigor técnico, como por exemplo a não distintividade na jurisprudência entre proporcionalidade e razoabilidade, utilizados como sinônimos.

Joachim Rückert obtempera que a falta de rigor técnico na aplicação direta das liberdades fundamentais acarreta prejuízo incontável para a construção de um direito privado, com respeito a unificação e unidade da ordem jurídica:

Rigidez normativa deve produzir certeza do direito. Certeza do direito sempre foi desejo do cidadão. Queremos saber como devemos nos orientar, quais são as punições e os ganhos. Rigidez normativa deve produzir confiança no direito. Rigidez normativa deve ser geral e tratar todos de maneira igual. Ao fim e ao cabo, trata-se de justiça na terra. Ao contrário do que ocorre com a ponderação: ela ajuda no caso concreto. Ela se aproxima da equidade. Ela fez uma carreira surpreendente: de meio decisório da filosofia, da moral, da ética e da política a auxílio do jurista, de auxílio a solução para todos os problemas, de exceção a bala de prata metodológica da nossa prática jurídica. Essa dupla transformação funcional do não jurídico para o jurídico e, depois, dentro do próprio jurídico merece toda a nossa atenção, tanto atual como histórica, na teoria e na prática do direito. (RÜCKERT, 2018, p. 242)

A justiça como equidade, na implicação aqui proposta, não é bala de prata aplicável a toda e qualquer situação que afasta o desenvolvimento histórico-consolidado da hermenêutica jurídica.

No entanto, como consequência da constitucionalização não é mais possível entender os institutos de Direito Civil apenas a partir dos elementos que compõem a estrutura, este é um fato admitido pela doutrina (STRECK, 2017, p. 97) – por bem ou por

mal. É necessário que todos esses institutos, direitos e interesses estejam conectados a uma função que justifica e legitima todo o Direito Civil. A aproximação da justiça como equidade às relações privadas se dá como modelo hermenêutico-sistematizador ocorrido em função do pós-positivismo, sem abandonar os métodos hermenêuticos clássicos do direito.

Em construção temos que um direito civil constitucional surge como forma de manter a liberdade, mesmo em uma sociedade complexa. Isso posto, a norma civilista-constitucional serve para promover e organizar: o *poder*, a *legitimação*, a *autoridade*, a *liberdade* e a *norma*, com unicidade e unidade. Esta é a tarefa do próximo capítulo.

2 RAWLS: UMA CONSTRUÇÃO DA MORALIDADE EM UMA SOCIEDADE JUSTA

A concepção de razão prática de Kant sustenta que os princípios éticos de conduta prevalecem sobre a inclinação e interesses individuais⁶². Da noção da posição original de Rawls origina-se princípios de conduta de um contexto de pensamento que torna alguns objetos primordiais de preocupação. A posição original é um estado de espírito no qual, pelo véu da ignorância, escolhem-se os princípios de conduta. Assume-se que a pessoa não conhece as condições de sua vida em sociedade: ela não tem conhecimento de suas oportunidades potenciais, talentos, objetivos, chances de sucesso etc.

Rawls deriva um imperativo da posição original: um imperativo hipotético assume a forma de y , o interesse (y) pretendido é conhecido, então um x ou um outro meio correto deve ser usado para atingir y . Assim apresentados, os princípios da justiça de Rawls são entendidos como meios para atingir uma infinidade de interesses da vida cotidiana (DELUE, 1980, p. 385-393).

Em Kant, a motivação para conformar a atividade aos princípios éticos é mais bem compreendida do ponto de vista da relação entre razão e desejo. Os homens racionais definem regras universais de conduta, chamadas de imperativos categóricos, “Uma lei (moralmente prática) é uma proposição que contém um imperativo categórico, uma ordem. O que manda (*imperans*) por meio de uma lei o legislativo (*legislator*)” (KANT,

⁶² “De onde se conclui também que não se pode exigir que esse princípio de máximas sirva de máxima, isto é, que eu o torne máxima de minhas ações, porque os demais podem ser livres, ainda quando a liberdade do outro fosse indiferente, ou ainda quando eu pudesse me opor a ela no fundo de meu coração, de tal maneira que lhe pudesse obstáculo por minha ação exterior. A moral exige de mim que adote por máxima conformar minhas ações ao direito.” (KANT, 2013 p. 49)

2013 p. 44-45). Necessariamente, estas regras devem ser concebidas à parte de questões de interesse ou inclinação; caso contrário, serviriam meramente como racionalizações para o interesse próprio. Essas racionalizações retratam preocupações de interesse individual como contendo uma validade moral própria, e essa é uma contradição que nenhuma pessoa racional poderia aceitar (DELUE, 1980, p. 385-393).

Consequentemente, a razão deve discernir princípios universais de conduta correta (máximas morais) sem consideração por qualquer fim ou desejo particular: “Uma ação é lícita (*licitum*) quando não é contrária à obrigação; e essa liberdade, que não está circunscrita por nenhum imperativo contrário, chama-se faculdade (*facultas moralis*). Daqui deduz-se facilmente o que é uma ação ilícita (*illicitum*)” (KANT, 2013 p. 39).

Rawls e Kant abordam o problema da motivação de maneira diferente, o ponto comum é a preocupação do conflito social destrutivo. Kant vê a sociedade como composta de grupos e interesses concorrentes e reconhece que às vezes a competição pode ser devastadora, as leis são necessárias para estabelecer critérios pelos quais podemos resolver conflitos ou interesses públicos.

Para Rawls, os interesses das subunidades da sociedade muitas vezes se opõem e o conflito do tipo mais prejudicial é muitas vezes possível. Portanto, uma *moralidade de princípios* deve ser inventada para definir o direito posto. A busca para encontrar soluções universais que são aceitáveis para indivíduos racionais e que transcendem conflitos de interesse é tão aparente em Rawls quanto em Kant (DELUE, 1980, p. 385-393).

Kant argumenta que as pessoas devem ter um treinamento moral que oriente emoções e apetites para favorecer os princípios corretos. Mas, ao descrever a substância de uma vida emocional conducente à ação correta, parece esvaziá-la de emoções

empáticas que poderiam conduzir ao apoio de princípios morais. Kant afirma que uma disposição para agir pode ser um estado psicológico desprovido de paixão e emoção, e ele promove essa visão rígida da psicologia moral quando descreve o indivíduo. Para um filósofo que busca uma ética baseada na liberdade e na razão, Kant parece se contentar com uma motivação do tipo hobbesiana para sustentar as leis morais (REALE, 1942, p. 150).

A compreensão de Rawls da fonte do interesse moral ajuda a enfrentar a crítica de que a filosofia de Kant é meramente formal e abstrata, tendo pouco significado prático para os problemas reais que os seres humanos enfrentam (REALE, 1942, p. 150). Rawls equilibra a confiança de Kant na lei com a alegação de que as pessoas têm interesse que incorporam princípios universais e que permitem às pessoas tratar os outros como fins em um sentido concreto. A filosofia moral de Rawls propõe demonstrar como essa tarefa pode ser realizada (DELUE, 1980, p. 385-393).

O direito privado, embora não tenha sido objeto direto da análise moral de Rawls na Teoria da Justiça, pode ser enfrentada como modelo prático de aplicabilidade. Repete-se: os princípios de justiça de Rawls são entendidos como meios para atingir uma infinidade de interesses da vida cotidiana.

2.1 Teoria moral de Rawls e aplicabilidade ao direito privado

Ao teorizar sobre a Doutrina do Direito, Kant inicia seu livro apresentando a *Metafísica dos Costumes* e a importância para a construção de uma teoria do direito, direito privado e público.

Kant afirma que a não conformidade sobre a lei está no âmbito da legalidade e ilegalidade, mas, por outro lado, a conformação da lei é deduzida unicamente da moral (KANT, 2013, p. 35). Nesse contexto, a moral e o direito podem interagir em perspectivas públicas e privadas, e assim há uma extensa organização argumentativa para informar essa aplicação às questões que envolvem: direito real, obrigacional, matrimonial etc.

De uma perspectiva prática, como será abordado posteriormente, a deontologia moral pode – principalmente em um movimento pós segunda guerra mundial – ter aplicabilidade em todos os ramos do direito privado, tanto assim, que a filosofia política – em sua matriz rawlsiana – tem sido fundamentação de uma reinterpretação das relações privadas.

Veja-se o caso da responsabilidade civil:

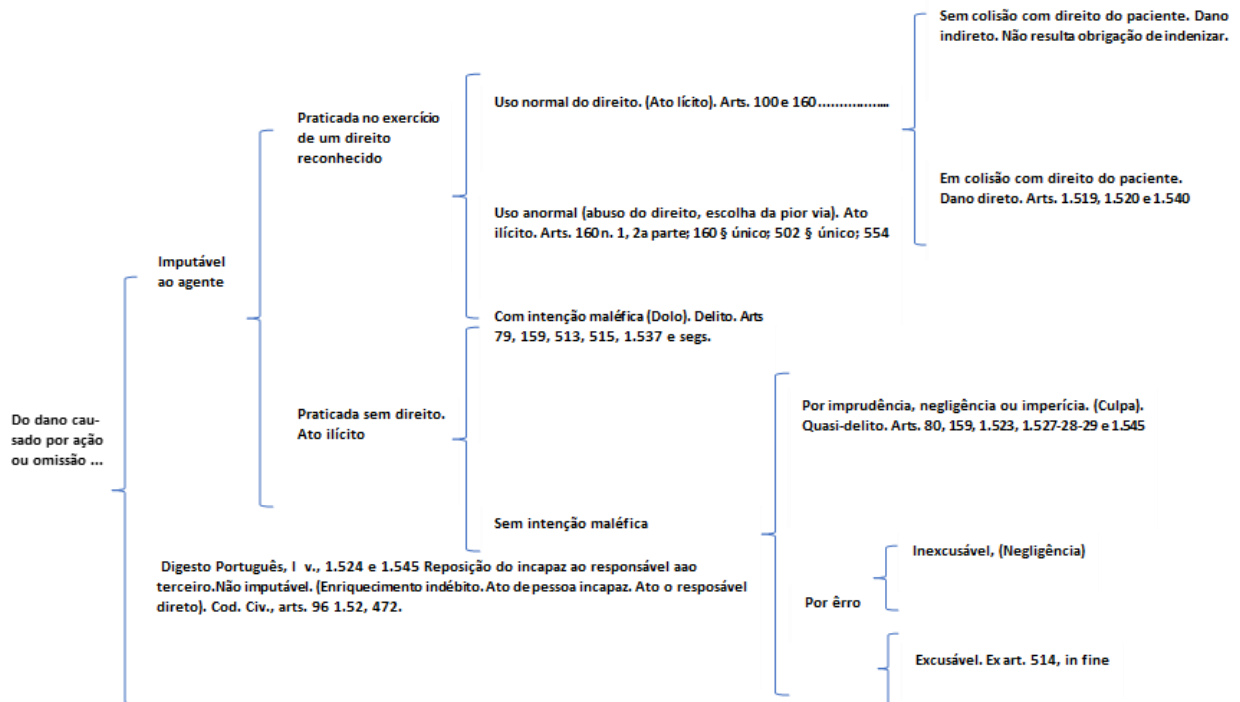
Alvino Lima, em concurso para a Faculdade de Direito de São Paulo, apresentou a tese intitulada *Da Culpa ao Risco*⁶³, para a cadeira de direito civil. A magistral defesa fez uma construção evolutiva tendo como ponto inicial a responsabilidade subjetiva, perpassando pela problemática da culpa até a apresentação da teoria do risco:

Tomando como ponto de partida o “movimento inovador de Saleilles e Josserand”, tem como objetivo de seu livro demonstrar “a verdade do conceito de Josserand”. Remonta à culpa como elemento específico do ato ilícito, analisa os conceitos de culpa in abstracto e in concreto, passa pela “culpa objetiva dos irmãos Mazeaud”, penetra no estudo da “presunção de culpa” como processo técnico de extensão de seu conceito, entra no problema da “teoria da culpa na guarda das coisas” e nos diversos aspectos da culpa especificamente considerada. Reportando-se ao trabalho exegético dos inovadores franceses em torno das disposições do Código Civil francês, notadamente do art. 1.384, n. I, refuta “as críticas à teoria do risco”, e faz a defesa desta (n. 34, pp. 207 e segs.), argumentando que “tem raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e de equidade”. Com base no Direito Comparado, proclama que “o princípio da responsabilidade sem culpa está concretizado em vários dispositivos dos Códigos Civis modernos, como na legislação especial”. (PEREIRA, 2022, p. 216)

⁶³ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938.

A conclusão de Alvino Lima é atemporal ao compreender, entender e sintetizar que: i) a estrutura do Código Civil de 1916 trata a culpa como cerne do sistema de reparação; ii) a responsabilidade sem culpa decorre do interesse legislativo e deve respeitar o desenvolver social. Ao estruturar a culpa no *Codex*, assim pode-se representar:

Figura 1: Estrutura da Responsabilidade Civil no Código Civil de 1916



Fonte: LIMA, 1938.

Por fim, ao confrontar as linhas postas por Josserand e Ripert, Alvino não titubeia em apontar que as teorias (subjetiva e objetiva) não devem ser apresentadas ou defendidas de modo extremo, porque “se a sociedade é uma realidade moral, como diz Georges Tassitch, não é menos verdade que o direito não se alimenta só da moral, mas recebe também uma boa parte de suas soluções da Economia [...]” (LIMA, 1938, p. 226).

Essa conclusão decorre de pensamento anteriormente posto, o surgimento da responsabilidade objetiva não se dá por amor ao ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência, cujos raciocínios ou silogismo não respondem mais a complexa sociedade, mas por amor à equidade, à justa reparação do dano (LIMA, 1938, p. 222-223).

Veja, embora a conclusão se demonstre confiável a fundamentação da mudança do pensamento posto pode ser antecedente e baseado no exagero do individualismo do estado liberal clássico. O Estado Liberal estabelece suas raízes, entre outros princípios, no patrimonialismo e formalismo sem esquecer as origens históricas da responsabilidade aquiliana, a interação entre modelo liberal e responsabilidade decorrente da culpa acirrou as inquietações da insuficiência do texto normativo. O arremete desse pensamento está na afirmação de Limongi (1985, p. 75):

Em meio de todo o movimento codificador do século XIX, bem assim do século XX, quer do sistema neo-latino, quer do germânico, quer do latino-americano, quer do oriental, conforme se pode ver nos códigos japonês (art. 709) e chinês (art. 184), a influência dos preceitos do Código de Napoleão esteve presentes. Não deixaram de experimentá-lo o direito português. (Código de 1867, art. 2361; Código de 1966, art. 483, bem assim o brasileiro. (art. 159)

Isso significa que o Código Napoleônico no art. 1382⁶⁴ – o dispositivo legal mantém-se inalterado - prevê a obrigação de indenizar em razão do dano causado, cuja culpa decorreu do ato praticado. O impacto da constatação feita por Limongi está na

⁶⁴ Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. (Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it.) - Qualquer ato do homem que cause dano a outrem obriga aquele que o cometeu a indenizá-lo) (tradução nossa) "Code Civil." n.d. Universidade de Lisboa. Accessed Summer 5, 2023. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>.

influência da escola da exegese em todos os continentes. Não custa lembrar que a referida escola cunha o pensamento filosófico de estrita observância ao preceito legal para fixação do dever legal. Para além dessa marca, há também a análise silogística por parte do magistrado (BOBBIO, 1995, 74-78).

A liberdade é e está no indivíduo como centro valorativo que emerge e aflora para as dinâmicas sociais e, por consequência, para o ordenamento jurídico.

A patologia nesse modelo está em entender: É o homem, de fato, indivíduo onipotente que compreende a igualdade?

Não é o caso, apenas, de atender as novas exigências da convivência social do século XX, como a limitação à autonomia privada ou a formulação da função social do contrato. A real dimensão dos problemas vai mais longe do que tão somente seguir a política de alargamento do dever de indenizar independentemente da culpa, ou do próprio conceito de dano [...]. (FACHIN, 1992, p. 52)

O organismo social tomou como irreconhecível o modelo adotado pelo descolamento com a realidade, apontando-se a desconformidade do direito posto com o não-direito da realidade social. Contexto que conclui muitas das dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo moderno e as crises do silogismo do positivismo. Não somente, acoplada à liberdade e as mudanças na matriz social estão conceitos que também gravitam o centro valorativo do ser, como: i) a autonomia da vontade⁶⁵ e ii) liberdade de

⁶⁵ Adotamos o conceito de Orlando Gomes que assim define a autonomia da vontade e a liberdade de contratar (autonomia privada): “O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, ganha grande extensão. Outros conceituam a autonomia da vontade como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. [...] O conceito

contratar. Nesta, tem-se um novo perfil normogenético com a implicação de deveres e direitos com axiomas éticos⁶⁶.

Quando se analisa na filosofia política as reverberações sociais muito se dedica ao estudo da ineficiência do Estado Liberal Clássico e como outras teorias políticas influenciaram a retomada da reconstrução da figura do Estado, enquanto garantidor de medidas mínimas para a vivência em coletividade. No entanto, nesse impacto – ou até mesmo como um embate – é perceptível a atuação do Estado em construir mecanismos garantidores da liberdade contratual. Assim:

Dessa forma percebe-se que o grau zero de intervenção é ideal nunca alcançado, pois sempre houve políticas estatais de algum tipo ou, porque, como se percebe, o Estado Liberal requer qualidades e pressupostos igualitários, além de uma competição equilibrada, concretizadas em sede legislativa. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 62)

O Estado passa a ter função legislativa de integração da norma (positivada) com os axiomas valorativas. Logo, tem-se que escolher o modelo de Estado mais adequado para implementação da norma valorada.

de liberdade de contratar abrange os poderes de autorregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.” GOMES, Orlando. Contratos. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 26 jul. 2023, p. 54 – 57.

⁶⁶ A autonomia privada é o espaço dentro do qual as pessoas exercem, na vida econômica, a liberdade que a Constituição declara e assegura como garantia fundamental. É claro que exigências do solidarismo e socialidade, também preconizadas pela sistemática constitucional, diminuem o espaço de atuação da liberdade, se comparada com a dos tempos do liberalismo exacerbado. Contudo, a autonomia privada continua, sem dúvida, a desempenhar, no Estado Democrático de Direito, o papel de “motor da economia”, como observa, com pertinência, ARRUDA ALVIM. JR., Humberto T. O Contrato e sua Função Social, 4ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5653-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/>. Acesso em: 26 jul. 2023, p. 17.

Para alguns, trata-se do Estado Social o processo de viragem da compreensão do próprio sistema de posituação das relações privadas:

A substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada, de que trata tão bem a doutrina italiana, como já anotado na incursão sobre o Estado social, baseia-se especificamente no perfil normativo. (RODRIGUES, 2011, p. 52)

No entanto, a adoção de novas ferramentas de atuação do Estado não denota, per si, uma figura social, há de se entender que a sociedade organizada passa a ter uma nova visão de atuação social, mas não necessariamente é social de modo que:

[...] fez com que o Estado Liberal caminhasse para uma transformação, uma vez que foi necessário aumentar o elenco das propostas políticas a fim de alcançar todo este novo eleitorado numericamente superior. Isto determinou o surgimento das normas programáticas, que visam a tratar dos temas econômico-sociais, mas que possuem – para alguns doutrinadores – eficácia limitada. Surge daí a concepção dessas normas como políticas, não como jurídicas. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 68-69)

A refundação desse Estado Liberal passou pelo caminho do contratualismo moderno que:

[...] representa uma verdadeira reviravolta na história do pensamento político dominado pelo organicismo na medida em que, subvertendo as relações entre indivíduo e sociedade, faz da sociedade não mais um fato natural, a existir independentemente da vontade dos indivíduos, mas um corpo artificial, criado pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para satisfação de seus interesses e carências e o mais amplo exercício de seus direitos. (BOBBIO, 2000, p. 15-16)

O impacto, aqui presente, é escolher qual modelo de contratualismo moderno servirá de base para refundar aspectos de cunho público e privado. As teorias dessa fase são formatadas entre neoliberais e liberais sociais, assim sintetizado por Macedo:

1 – Os neoliberais priorizam a liberdade econômica, são liberalistas, ainda que sem negar as liberdades políticas. Os liberais sociais consideram prioritárias as liberdades políticas, ainda que sem negar as econômicas. Ambos aceitam as teses integrantes do liberalismo social e cultural. 2 – Os neoliberais entusiasma-se com a definição negativa das liberdades preconizadas e rejeitam ou põem em segundo plano as liberdades positivas. Os liberais sociais não dão maior significado à distinção. 3 – A principal divergência dá-se quanto ao mercado. Para os neoliberais ele é suficiente, resolve a maioria dos problemas e a intervenção estatal nunca deve substituí-lo, mas corrigir suas eventuais falhas que devem ser provadas antes da intervenção e não pressupostos. Os liberais sociais aceitam o papel central do mercado em economia; porém não acreditam na sua eficiência na produção de bens públicos (alguns anarco-capitalistas chegam até a negar a existência de bens públicos). E tampouco estimam muito a capacidade redistributiva do mercado. O mercado produz bem e se ajusta com rapidez às variações conjunturais, mas não a distribui a contento. E o mercado é alheio à realidade nacional; é sempre internalista, alheio a preocupações de soberania política ou cultural. 4 – Uma outra diferença que se entronca na anterior é o progressismo venial dos neoliberais. Neste nosso trágico e desesperado século, os neoliberais são os últimos que mantêm a crença de que a humanidade e a história caminham inevitavelmente para um futuro melhor. Não é uma crença forte como era, por exemplo, em Condorcet, contudo é presente, sobretudo, em Hayek. Os liberais sociais são conscientes das possibilidades abertas de um regresso tão possível quanto o progresso. Só uma atividade presença e participação humana fará a diferença entre um e outro, e sempre sem saber, não só no curto prazo, como no longo, do resultado final. (MACEDO, 1995, p. 39)

Dentro do arcabouço do liberalismo social “distingue o liberalismo político do liberalismo ou libertários, dando ao primeiro forte caráter ético-moral, vinculado à justiça social, sendo “a possibilidade de se tentar mais uma fórmula política, a do liberal-socialismo” (SANTOS, 2017, p. 30). Essa distinção ocorre, principalmente, “por ter no liberalismo político a aceitação de um ordenamento econômico mais viável e maleável, inclinada às questões sociais” (SANTOS, 2017, p. 30).

Com essas predefinições, exsurge a teoria da justiça de Rawls calcada no contratualismo de cariz liberal-político⁶⁷. Por conseqüente:

⁶⁷ “Esse raciocínio é referendado por John Rawls ao sugerir que o processo econômico e social mantenha uma “base de ordem jurídica” que contemple instituições políticas e jurídicas de apoio aos dois princípios que entende essenciais a sua teoria da justiça, estando o primeiro deles relacionado ao “igual direito de cada pessoa ao mais abrangente sistema de liberdades iguais” e o segundo ligado à “ordenação das

Rawls encontra a justiça distributiva especialmente adstrita à sociedade de mercado na manutenção da competitividade do sistema de preços a fim de impedir a formação de um poder sobre o mercado; na estabilização de políticas públicas de emprego; na criação de um “mínimo social”, de preços e salários para o bem-estar e o atendimento das exigências dos necessitados em situações de desigualdade profunda; e na fixação fiscal equitativa sobre as rendas, transferências imobiliárias e de herança. Havendo uma tendência a aplicar a justiça distributiva aos contratos entre particulares (i), Canaris, com apoio em Rawls, repugna-a com a seguinte exortação: “se exige o respeito da justiça distributiva apenas quanto à estrutura de base da ordem jurídica (basic structure), mas já não quanto a cada transação particular entre os indivíduos. Tem razão, em primeiro lugar, porque as consequências distributivas de uma tal transacção não são, frequentemente, apreensíveis, de todo em todo, pelo juiz, e, depois, porque a segurança da contratação seria gravemente atingida se os contratos pudessem ser declarados extintos pela jurisdição em virtude de uma contravenção de princípios distributivos. (RODRIGUES, 2011, p. 53)

A questão, nesse ponto, está em entender que o ordenamento jurídico integra o ambiente da análise da filosofia política de Rawls, tanto assim que o próprio autor afirma a existência da norma constitucional como vetor das demais normas, logo, “temos um dever natural de acatar a constituição, por exemplo, ou as leis fundamentais que regem a propriedade [...]” (RAWLS, 2016b, p. 428-429). A norma constitucional reverbera para a análise de conformação contratual e desemboca na reconstrução da filosofia da

desigualdades sociais e econômicas”, que devem ser consideradas vantajosas para todos, dentro do limite do razoável, e, ainda, vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. Por conseguinte, Rawls assevera que a justiça distributiva somente prosperará se tais instituições funcionarem dentro de quatro setores básicos: i) a “alocação”, cuja finalidade é manter a competitividade do sistema de preços dentro dos limites do factível e impedir a formação de um poder sobre o mercado que não seja razoável; ii) a “estabilização”, que tem por escopo a criação do pleno emprego razoável, no sentido de que aqueles que desejem trabalho possam encontrá-lo, aliado à livre escolha de ocupação e desenvolvimento das finanças; iii) o “mínimo social”, relativo ao setor de transferências, porque somente o regime de preços competitivos, per si, não garante a distribuição perfeita, sendo necessário que seja atribuído um peso às normas convencionais relativas aos salários e rendimentos, tornando factível ainda certo nível de bem-estar e atendimento às exigências dos necessitados; iv) a “distribuição”, sob a qual vertem dois aspectos, uma exação equitativa nas transferências imobiliárias e de herança, o que por certo passa a impedir o acúmulo e concentração de riquezas nas mãos de poucos, e, de outro lado, a construção de um sistema de tributação capaz de fornecer adequadamente os bens públicos e habilitar o setor de transferências para o atendimento aos mais necessitados”. RODRIGUES, Fernando. **A autonomia privada, o mercado e seu desequilíbrio**. Princípio da justiça contratual. (Coleção prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 21. *E-book*. ISBN 9788502145672. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502145672/>. Acesso em: 12 jan. 2023.

responsabilidade civil, para além das classificações duais (ato ilícito/ato lícito, negocial/aquiliana, privada/pública, capacidade/incapacidade etc.) que são da natureza da responsabilidade civil. Não se nega a importância didática da construção, mas o contexto social tornou obsoleta apenas essas classificações.

Rawls propõe que a norma constitucional seja a nomogênese das regras que irão corroborar a construção normativa da propriedade – em acepção ampla como apresenta John Locke -, assim se dá a construção da Constituição Federal de 1988 ao alçar ao texto os aspectos basilares do direito privado, como por exemplo os arts. 5º inciso III, X, XXII, XXIII, XXIII, 170, II.

Em razão disso, pensa-se a responsabilidade civil à luz do contratualismo e as possíveis novas fronteiras da sociedade que após a Revolução Industrial ainda perpassa por novas expansões tecnológicas que indicam um viver mais complexo, logo:

Talvez, em caráter subjacente ao estudo das funções da responsabilidade civil, possamos localizar um dilema que perpassa a filosofia política. Uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos ou a lei deveria ser neutra quanto às concepções concernentes à virtude, deferindo a cada cidadão a liberdade da melhor escolha de viver? [...] Em contrapartida, filósofos políticos modernos – de KANT a RAWLS – afirmam que uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção do que seja uma vida boa. No contexto da responsabilidade civil, a função reparatória exala a filosofia moderna adepta da primazia da liberdade. O sistema de direito privado não interfere previamente no exercício de atos e atividades, permitindo que o mercado se autorregule, de forma a preservar a autonomia privada. A interferência do ordenamento se dará a posteriori, no momento patológico do dano, com a fixação de uma indenização apta a corrigir o desequilíbrio econômico subsequente à lesão. Nada obstante, nas funções punitiva e precaucional, a bússola desvia em certo grau da liberdade e persegue a segurança de forma mais acentuada (algo esperado na “sociedade de riscos”). Entram em cena como substrato das referidas funções as teorias que veem a justiça intimamente associada à virtude. A lei se retira de sua neutralidade e passa a induzir os cidadãos à prática de comportamentos socialmente desejáveis, prevenindo danos iminentes e futuros, seja sob o argumento da coerção a uma pena civil em face de condutas reprováveis ou da precaução para que a prudência seja a tônica do exercício de atividades potencialmente danosas. (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 86)

Por sorte, temos que a resposta ao processo evolutivo social ocorre na remodelação da interpretação do direito privado.

2.1.2 Impacto da justiça como equidade no direito privado

Em um ordenamento jurídico os limites são estabelecidos com base em premissas que fundamentam o Estado. O sistema legal dos países ocidentais, *per si*, permite ao indivíduo a livre disposição de seus bens e propriedades. Locke ao sustentar sua tese sobre a sociedade política adverte que o homem sendo igual e independente, deve decidir sobre suas posses (BOBBIO, 2000, p. 12), ademais, arremata que sem “individualismo não há liberalismo” (BOBBIO, 2000, p. 12). Talvez, em razão da natureza contratualista assente no ocidente, essa marca seja significativa no sistema jurídico.

O individualismo e liberdade presente no ordenamento jurídico permitem que as pessoas decidam sobre seus bens e firmem contratos. Em se tratando da natureza contratual na disposição de bens, Kronman (1979, p. 472) sintetiza a doutrina aceita quase que pela maioria dos contratualistas e afirma que há três processos ou estágios na formação do contrato: i) a especificação de quais negócios estão vinculados a uma norma prescritiva; ii) a definição sobre quais acordos são executáveis, e; por fim; iii) a indicação das consequências para o descumprimento contratual.

Para além dessas questões, deve o contrato existir como instrumento de justiça distributiva? E cabe aos contratantes, magistrados e legisladores analisarem o documento e os possíveis efeitos em situações concretas?

É necessário perpassar pela justiça distributiva e a sua influência (ou não) na Teoria da Justiça.

Ao analisar o ordenamento jurídico, pode-se encontrar leis que indicam uma certa influência da justiça distributiva:

- Lei de Usura - Lei nº 4.595/64;
- Lei sobre Habitação de Interesse Social - Lei nº 11.124/2005;
- Lei sobre o salário-mínimo - Lei nº 8.542/1992;
- Ordem preferencial do crédito na falência - Lei nº 11.101/2005 – art. 83;

À pergunta se o contrato – a lei estabelecida entre as partes – é instrumental para a justiça distributiva, os libertários responderão negativamente sob o argumento de que o Estado não deve valer-se do indivíduo e suas conquistas para redistribuir riquezas. A distribuição da riqueza de um indivíduo é um roubo perpetrado pelo Estado⁶⁸. Há também, alguns liberais que advogam negativamente à possibilidade de distribuição pelo contrato particular e, justificam sua tese pelo fato de os objetos da redistribuição não alcançarem as questões privadas. Mas, apesar dos fortes argumentos todos assentem que o contrato (o direito contratual) assegura relações jurídicas equilibradas, assim compreendida como um processo eficaz de troca entre privados, com a redução de custos na concreção do negócio e com a penalidade pelo descumprimento contratual etc.

Assim, há uma possibilidade de se pensar uma concepção contratual distributiva sob as seguintes premissas.

⁶⁸ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

A premissa distributiva deve ser aceita no direito contratual tendo em vista que seu afastamento gera um custo maior e, essa perspectiva é negativa tanto para libertários quanto para liberais. Defende-se que o acordo voluntário – essencial para compreender a justiça libertária da troca - só pode ser entendido como um conceito distributivo pois, a liberdade enquanto conceito imprescindível não informa, por si só ou em si, quais vantagens e desvantagens que a liberdade pode admitir.

A teoria libertária advoga a perspectiva que o acordo é factível desde que não infrinja direitos de terceiros e, que a troca não decorra da coação. Nessa senda, se o contrato prevê uma carga de efeitos distributivo – levando-se em consideração que as premissas anteriores foram atendidas - o magistrado que se recusar a aplicar a regra contratual contraria a liberdade.

O puro procedimentalismo não pode ser confundido com o libertarianismo. Não é suficiente que o procedimento da elaboração do contrato tenha alcançado o cumprimento, é necessário que tenha sido cumprido de forma particular e voluntária. Mas, há um pensamento comum entre libertários e procedimentalistas puros, a despreocupação com os efeitos distributivos dos contratos privados. Mas quando um acordo é voluntário? O libertário precisa definir conceitualmente a amplitude da voluntariedade – um contrato assinado por coação pode significar que após analisar as opções o coacto optou por assinar, há uma certa voluntariedade final – é quando a racionalidade será considerada válida e existente. Para tanto, é necessário questionar, também, qual o nível – extensão – de vantagens e desvantagens deve ser aceitável para os libertários (KRONMAN, 1979).

O primeiro fato relevante na troca, justa ou injusta, é que a obtenção de vantagem é perquirida por ambas as partes. Algumas vantagens são permitidas e outras não. As vantagens decorrentes da imposição física, claramente afronta a liberdade do indivíduo. Por outro lado, a vantagem que decorre do engano não traz nenhum aspecto físico, mas coloca determinada parte em uma posição de injustiça e fere a livre escolha (KRONMAN, 1979).

Ponto que não é debatido no contexto, é quanto a inexistência de uma base de princípios para determinar quais formas de obtenção de vantagens são autorizadas, permitidas ou permissíveis.

Muitos princípios podem surgir para explicar ou estabelecer uma base de modo a determinar a vantagem aceitável, mas, para isso, pressupõe-se uma inclinação para vários princípios possíveis e moralmente aceitáveis – posição distintiva a do libertário. O princípio da liberdade em sua simplicidade afirma que as vantagens são permitidas, desde que não infrinja direitos – inclusive a liberdade – de outros. Não há qualquer mote analítico-resolutivo nesse princípio (KRONMAN, 1979). O princípio do paretianismo (*Principle of Paretianism*) que traz resolução aceitável para, inclusive, proteger a liberdade e igualdade, ponto básico no libertarismo:

Em primeiro lugar, o libertarianismo é uma teoria fortemente igualitária. De acordo com o libertário, todos os indivíduos são iguais naquilo que, de uma perspectiva moral, é o aspeto mais importante - o seu direito básico à liberdade contra a interferência de outros. Para além de ser fortemente igualitário, o libertarianismo é também uma teoria individualista, no sentido em que atribui um valor único à autonomia da pessoa individual. (tradução nossa). (KRONMAN, 1979, p. 485-486) ⁶⁹

⁶⁹ No original: "In the first place, libertarianism is a strongly egalitarian theory. According to the libertarian, all individuals are equal in what, from a moral perspective, is the most important respect-in their basic right to freedom from the interference of others. In addition to being strongly egalitarian, libertarianism

Um modo que se pode interpretar o princípio de Pareto é aplicá-lo exigindo que a maioria das pessoas tenham uma vantagem aumentada. Outra perspectiva salutar no paretianismo reside no fato de admitir que uma pessoa – grupo – tem permissão de melhorar a situação às custas do outro – sociedade – desde que o benefício se apresente para todas as partes.

Ao aplicar o princípio de Pareto, Kronman apresenta o seguinte exemplo base: Deixe-me começar com um caso relativamente fácil, que ‘A’ possua uma propriedade, que sem o conhecimento de ‘A’ contém algum tipo de depósito mineral rico, descoberto por ‘B’, que é geólogo (KRONMAN, 1979, p. 496).

Um geólogo formado – ‘B’, inspeciona a propriedade de ‘A’, descobre a jazida e, sem revelar o que sabe se oferece para comprar o terreno de ‘A’ por um preço bem abaixo de seu valor real. ‘A’ concorda e, posteriormente, tenta rescindir o contrato com base no fato de que a falha de ‘B’ em revelar o que sabia sobre a propriedade equivale a fraude.

A premissa geral reside em determinar se o negócio deve prevalecer. Daqui decorre a conclusão: a) Se *B* fez um investimento alto na busca da informação, a revelação pode minar sua posição e investimento realizado.

O princípio de Pareto proíbe de conceder ao possuidor de uma vantagem o direito exclusivo de explorá-la em seu próprio benefício, a menos que os excluídos de sua propriedade fiquem em melhor situação do que estariam se não fosse dado a ninguém um direito maior. Afirmar o princípio dessa maneira enfatiza seu caráter fortemente igualitário e ressalta sua semelhança com o teste de Rawls para avaliar a justiça na distribuição de riqueza material (KRONMAN, 1979, p. 498).

is also an individualistic theory in the sense that it assigns a unique value to the autonomy of the individual person.”

A vantagem no patrimônio pode ser avaliada sobre três premissas: a) ao titular da vantagem pode ser concedido o direito de explorá-la em seu próprio benefício; b) o possuidor pode ser autorizado a explorar a vantagem, mas apenas de forma que beneficie os outros igualmente, e/ou; c) ele pode ser proibido de explorar a vantagem. As vantagens obtidas na troca não devem ser justificadas isoladamente com base no princípio da justiça distributiva, bem como a riqueza obtida pela obtenção de propriedade. A justiça distributiva será objetivo de aplicação quando as vantagens obtidas acarretarem desproporção, constatado na forma do princípio de Pareto, aproximando com a equidade contratualista de Rawls. A esta visão de interpretação pode-se denominar de interpretação forte. Uma outra forma de se analisar é aplicando a justiça distributiva para avaliar a riqueza obtida por qualquer meio transacional, no entanto, a correção deve ser feita de alguma outra forma que não seja a manipulação das regras da troca privada (KRONMAN, 1979, p. 496).

Quanto a distorção socioeconômica preponderante na sociedade, a justiça distributiva pode servir como meio de adequação/equidade do ponto máximo possível de exploração entre o mais e o menos favorecido da relação. Mas, há de se atentar qual interpretação será aplicada: a interpretação fraca – do princípio da justiça distributiva – leva a considerar do ponto de vista libertário, que o contrato não deve servir como modelo de redistribuição para a diminuição da pobreza, por ter natureza jurídica diversa da ideia da redistribuição. Para os libertários, uma aplicação distributiva iguala-se à institucionalização do roubo.

Assim, por outro lado, quando se pensa uma sociedade e se sua teoria liberal é factível (razoável) considerar que: i) determinada sociedade tem naturalmente distorções

decorrentes das vantagens que os indivíduos carregam por motivos patrimoniais, geracionais, educacionais etc., e qual o padrão mínimo necessário para a distribuição da base primária de bens em decorrência daquilo que os mais abastados tem versus os menos abastados; ii) reconhecer o primeiro ponto faz com que o ideário distributivo sirva de base para avaliar a equidade daquilo que de fato existe na sociedade – em uma aproximação entre o ideal e o real, e; iii) cabe ao Estado propor modelos interpretativos de aproximação entre a equidade ideal e a real (praticável).

Uma possibilidade de redistribuição adotada pelo Estado – comumente aceita pela teoria liberal – é a decorrente da tributação. Em algumas situações, os indivíduos adquirem propriedades de forma inconsistente com o merecimento subjacente à distribuição originária (item i) e, aplica-se a distribuição corretiva. A tributação pode ser dotada de distribuição corretiva, determinando que esses indivíduos paguem ao Estado (item ii), que deverá alocar os recursos de modo favorável ao menos favorecidos (item iii).

Outra possibilidade, menos usual a sua vinculação com a justiça distributiva – é verdade, é a regulação contratual em que, a liberdade contratual é vista como modo de preservação da equidade na distribuição original dos bens primários (item i). A lei que assegura o salário-mínimo numa relação contratual trabalhista visa preservar uma equidade na distribuição dos bens (itens II e III).

Volvendo a Rawls e sua teoria da justiça – em que é possível localizar a justiça distributiva e a equidade -, o autor afirma que a justiça distributiva deve ser aplicada às instituições que compõem a estrutura básica da sociedade. A importância da função da estrutura básica está em garantir a justiça do sistema, de modo a permitir que os

indivíduos possam gozar da sua liberdade, sabedores que o sistema tem e procura a justiça. Quando da aplicação da estrutura básica nas relações privadas, Rawls defende que a necessidade de regras de regência para a troca privada não deve, no geral, ser aplicada como meio/modo de distribuição de riquezas. Percebe-se uma clara escolha na teoria da justiça em diferenciar a aplicação direta dos princípios da justiça distributiva, dos efeitos da justiça distributiva na correção de distorções decorrentes das relações privadas.

Escolher o método da tributação como única forma de aplicar os efeitos da estrutura básica pode acarretar outras distorções socioeconômicas. A situação da tributação no Brasil é uma clara demonstração de um sistema que, por vezes, está fora do seu real propósito. A tributação da renda, no caso brasileiro, é evitada de vantagens para aqueles que mais detêm riquezas, numa progressão que desrespeita os que menos têm. Os contrários à aplicação dos efeitos da justiça distributiva aos contratos privados, por exemplo, argumentam que apenas algumas situações ou questões receberão o impacto desses efeitos, mas, a escolha da tributação parece estabelecer posições que por vezes remontam a escolha sobre o que será tributável decorrente da sorte e, não da moralidade inserida na teoria.

Um exemplo visível está na escolha, nem sempre razoável, dos produtos essenciais – para vida – que não serão tributados. O Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – tem aplicável à sua regra-matriz o princípio da seletividade, em que os produtos essenciais devem sofrer uma menor incidência. Logo, não há discriminação entre aqueles que podem adquirir esses produtos e os que não podem.

Mas, outro ponto é mais crítico, o que refere a ideia (princípio) da essencialidade⁷⁰. Uma recente sequência legislativa – em sentido amplo por ser uma mudança realizada por decreto presidencial – diminuiu a incidência do IPI para videogames e jogos eletrônicos⁷¹. Qual a essencialidade desse produto para a vida e a sobrevivência?

Percebe-se que a tributação, como escolha racional, nem sempre é aplicada com neutralidade – escolher àqueles que realmente precisam de justiça distributiva – e racionalidade, por depender da sorte na escolha do essencial para a vida. A tributação é um método de redistribuição mais neutro do que a regulamentação contratual?

A neutralidade é uma propriedade que cada método de redistribuição pode possuir em graus variáveis e, por conseguinte, embora devamos sempre preferir disposições menos discriminatórias a outras mais discriminatórias, isso não significa que devamos, em todos os casos, escolher a tributação como o meio adequado para redistribuir a riqueza. Em qualquer caso particular, a questão de saber se a tributação é a forma menos discriminatória de atingir um determinado fim distributivo dependerá das circunstâncias e dos tipos de tributação e de regulamentação contratual que estão a ser comparados. A neutralidade relativa destes dois métodos não pode ser determinada antecipadamente, uma vez que não é função de nada inerente à sua natureza. (KRONMAN, 1979, p. 502)⁷²

⁷⁰ Sobre a seletividade e essencialidade, adota-se a posição conceitual de Leandro Paulsen: “O critério da seletividade constitui uma imposição constitucional, e não uma faculdade do legislador, nos termos do inciso I do § 3º do art. 153 da CF. As alíquotas deverão variar em função da essencialidade do produto, sob pena de inconstitucionalidade. Ser seletivo implica ter alíquotas diferenciadas dependendo do produto (individualmente considerado) ou do tipo de produto (se alimentício, de higiene, têxtil etc.), sendo que o critério para tal seletividade é dado pelo próprio constituinte: o grau de essencialidade do produto. A seletividade não se confunde com a progressividade, em que se tem simples agravamento do ônus tributário conforme aumenta a base de cálculo. Tampouco impõe a desoneração completa de produtos essenciais.” (PAULSEN, 2022, p. 455)

⁷¹ DECRETO Nº 10.765, DE 11 DE AGOSTO DE 2021 - Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016.

⁷² No original: “Neutrality is a property that each method of redistribution may possess to varying degrees, and therefore even though we should always prefer less discriminatory arrangements to more discriminatory ones, this does not mean that we ought in every case to choose taxation as the appropriate means for redistributing wealth. In any particular instance, whether taxation is the least discriminatory way of achieving a given distributional end will depend upon the circumstances and the types of taxation and contractual regulation that are being compared. The relative neutrality of these two methods cannot be ascertained in advance since it is not a function of anything inherent in their nature.”

Isso significa que o método distributivo não tem que ver com uma escolha fácil e unívoca e, sim com circunstâncias que vão tangenciar o direito público – assim colocado em razão do alcance para além do direito tributário – e para as relações privadas. Todos os métodos têm perspectivas positivas e negativas. A regulação contratual limita a liberdade tanto quanto a tributação. Uma pessoa que paga o imposto de renda pode limitar-se a adquirir novos bens em razão da imposição/sanção decorrente do não pagamento.

Quanto à questão da administração da relação contratual atingida pela regulamentação, defende Kronman:

De um modo mais geral, a regulamentação contratual tem sempre, pelo menos, uma vantagem sobre a fiscalidade do ponto de vista administrativo. Num regime fiscal redistributivo, a riqueza deve primeiro ser recolhida pelo Estado e depois redistribuída aos beneficiários do imposto. Cada uma destas duas etapas tem custos administrativos. Em contrapartida, se uma restrição redistributiva da liberdade contratual atingir o objetivo pretendido, provoca uma transferência direta de riqueza de um grupo para outro sem qualquer mediação do Estado. Se os outros fatores se mantiverem iguais, isto significa uma redução dos custos administrativos. (tradução nossa) (KRONMAN, 1979, p. 509) ⁷³

2.2 Interpretando o sistema jurídico a partir do contratualismo Rawlsiano

Aspecto importante e de referência da *Teoria da Justiça e Liberalismo Político* é sua característica não reducionista baseado em direitos e uma reconstrução teórica

⁷³ No original: “More generally, contractual regulation always has at least one advantage over taxation from an administrative point of view. Under a redistributive tax scheme, wealth must first be collected by the state and then redistributed to the beneficiaries of the tax. Each of these two steps has administrative costs. By contrast, if a redistributive restriction on contractual freedom achieves its intended purpose, it causes a direct transfer of wealth from one group to another without any mediation by the state. Other things being equal, this means a reduction in administrative costs.”

centrada no princípio kantiano em que o certo é anterior ao bom (ZIPURSKY, 2003, p. 1925).

Parece que uma base sólida de aplicabilidade da teoria da constituição de Rawls na constitucionalização do direito privada está na segurança jurídica entre as partes. O modelo interpretativo que afeta o direito privado não pode ser constituído com base na vagueza interpretativa, de modo que quando necessário os princípios de cunho eminentemente constitucional podem trazer segurança nas relações privadas.

Nesse contexto, surge para além do redescobrir da teoria moral aplicada ao direito contratual, o estudo dos fundamentos e conceitos da Responsabilidade Civil naquilo que se redesenhou como Filosofia da Responsabilidade Civil no direito anglo-saxônico.

Até o século XX a responsabilidade civil, com reflexos para o direito anglo-saxão e romano-germânico, diferenciava-se pelos conceitos da justiça distributiva e corretiva, conforme a métrica aristotélica. Na justiça corretiva tem-se a retificação dos atos praticados que causam prejuízos a terceiros, decorrente tanto de ações voluntárias como involuntárias.

As respostas construídas com base na justiça aristotélica deixaram de ser suficientes com a complexidade da sociedade e, de alguma forma com alguns aspectos econômicos atingidos. Nessa esteira, filósofos do direito como R. Posner buscarem bases na Análise Econômica do Direito para responderem de modo conciso e longe da metafísica quais seriam as bases de equilíbrio eficiente para a reparação civil, respeitando-se o mercado e o uso escasso dos recursos⁷⁴.

⁷⁴ Perlingieri refuta veementemente a análise econômica do direito como viés interpretativo viável: “Quanto foi dito antes induz a não aceitar as tentativas velhas e novas orientadas a exaurir a interpretação do enunciado legislativo em uma avaliação exclusivamente econômica, de maneira a legitimar uma economia

Intrigante pensamento é esboçado por Zipursky e a importância da teoria de Rawls para a mudança acima referida:

Na verdade, a análise filosófica do direito da responsabilidade civil é hoje geralmente designada pelos juristas como "teoria da justiça corretiva", o que indica que a justiça ocupa agora um lugar central na teoria jurídica, em especial na responsabilidade civil. Não é exagero dizer que, antes da teoria da justiça de Rawls, ninguém considerava a possibilidade de definir as suas aspirações teóricas no domínio da responsabilidade civil de outra forma que não fosse em termos dos fins sociais da responsabilidade civil. A afirmação de Rawls de que "[a] justiça é a primeira virtude das instituições sociais" - apoiada por uma teoria não metafísica e rigorosa da justiça - é inegavelmente uma grande parte da história intelectual por detrás da transformação que ocorreu, em que os académicos voltaram à ideia de que os teóricos do direito da responsabilidade civil devem colocar a questão: O que é que esta área do direito tem a ver com a justiça? (ZIPURSKY, 2003, p. 1930-1931) ⁷⁵

Ainda em Zipursky encontra-se concisamente os temas recorrentes na filosofia da responsabilidade civil em Rawls, com base nos estudos de Epstein e Fletcher: i) a situação de escolha *ex ante* e a regra de *maximin* (posição original); ii) construtivismo kantiano; iii) equilíbrio reflexivo; iv) razoabilidade versus racionalidade, e; v) a justiça como primeira virtude das instituições sociais (ZIPURSKY, 2003, p. 1923).

Em contraponto ao utilitarismo de R. Posner, outros jusfilósofos apresentam ideias que levam em consideração a teoria moral constante nos escritos de John Rawls. Os

com função normativa, que imponha a própria vontade ao legislador e ao juiz; uma economia elevada a parâmetro vinculante de controle da própria interpretação do jurista. Uma prospectiva nesse sentido é criticável em si mesma, como metodologia, pela sua unilateralidade e pela sua substancial função individualista, materialista e conservadora, certamente contraste com a legalidade constitucional." PERLINGIERI, Pietro et al. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª Ed, 1997, p. 63.

⁷⁵ No original: "Indeed, the philosophical analysis of tort law is referred to by legal scholars generally, today, as "corrective justice theory," indicating now a central place for justice in legal theory, particularly in torts. It is no exaggeration to say that prior to Rawls's theory of justice, no one considered defining their theoretical aspirations in tort law in any way but in terms of the social ends of tort law. Rawls's assertion that "[j]ustice is the first virtue of social institutions" -backed up by a non-metaphysical and rigorous theory of justice-is undeniably a large part of the intellectual history behind the transformation that occurred, wherein scholars have now returned to the idea that theorists of tort law should ask the question: What does this area of the law have to do with justice?"

marcos teóricos dessa virada são: i) George P. Fletcher, com o artigo *Fairness and Utility in Tort Theory* (1972)⁷⁶ e ii) Richard Epstein, *A Theory of Strict Liability* (1972/73)⁷⁷. As influências desses autores serão analisadas nos subtítulos 2.2.1 e seguintes.

Nessa marcha da investigação, o ensaio de Fletcher se contrapõe à aplicação da Análise Econômica do Direito – de matriz utilitarista – com o paradigma da reciprocidade. Tal estudo tem na equidade sua base estrutural e denota uma releitura do primeiro princípio de Rawls. Assim Fletcher começa a aproximação crítica:

A nossa primeira tarefa é demonstrar a confiança generalizada do direito comum no paradigma da reciprocidade. A área que mais consistentemente revela este paradigma é a que atualmente mais carece de unidade doutrinal - nomeadamente, as bases díspares da responsabilidade objetiva. Falamos de responsabilidade objetiva ou "responsabilidade sem culpa" em casos que vão desde os desastres de aviões até do gado que pasta em terras alheias. No entanto, a lei dos delitos nunca reconheceu um princípio geral subjacente a estas bases atomísticas de responsabilidade. O padrão de atividade ultra-perigosa do *Restatement* refere-se apenas a uma subclasse de casos. Em geral, as diversas bases de responsabilidade objetiva representam casos em que o risco é razoável e legalmente imune a uma injunção. São, portanto, todos casos de responsabilidade sem culpa, no sentido limitado em que culpa significa assumir um risco não razoável. Para além destas características que distinguem a responsabilidade objetiva da negligência, não existe um consenso sobre os critérios que permitem atribuir a responsabilidade objetiva a certos riscos e não a outros. (tradução nossa) (FLETCHER, 1972, p. 543-544)⁷⁸

⁷⁶ FLETCHER, George P. Fairness and utility in tort theory. **Harvard law review**, Cambridge, v. 85, n. 3, p. 537-573, 1972.

⁷⁷ Richard A. Epstein. A Theory of Strict Liability. **Journal of Legal Studies**, Chicago, n. 2, p. 151-204, 1973.

⁷⁸ No original: "Our first task is to demonstrate the pervasive reliance of the common law on the paradigm of reciprocity. The area that most consistently reveals this paradigm is the one that now most lacks doctrinal unity - namely, the disparate pockets of strict liability. We speak of strict liability or "liability without fault" in cases ranging from crashing airplanes to suffering cattle to graze on another's land. Yet the law of torts has never recognized a general principle underlying these atomistic pockets of liability. The Restatement's standard of ultra-hazardous activity speaks only to a subclass of cases. In general, the diverse pockets of strict liability represent cases in which the risk is reasonable and legally immune to injunction. They are therefore all cases of liability without fault in the limited sense in which fault means taking an unreasonable risk. Beyond these characteristics distinguishing strict liability from negligence, there is no consensus of criteria for attaching strict liability to some risks and not to others."

O primeiro ponto de toque para a escolha da equidade está em revelar a disparidade da opção por uma responsabilidade civil objetiva e como esse princípio pode fortalecer um princípio geral subjacente para melhor escolha dos riscos que devem ser assumidos pela teoria objetiva. E continua:

Todas estas manifestações do paradigma da reciprocidade - responsabilidade objetiva, negligência e dano intencional - exprimem o mesmo princípio de justiça: todos os indivíduos na sociedade têm o direito a um grau de segurança contra o risco aproximadamente igual. Por analogia com o primeiro princípio de justiça de John Rawls, "o princípio poderia ser: todos temos direito ao máximo de segurança compatível com uma segurança semelhante para todos os outros. Isto significa que estamos sujeitos a danos, sem compensação, decorrentes de riscos anteriores, mas que ninguém pode sofrer danos decorrentes de riscos adicionais sem recorrer a indenizações contra o criador do risco. A indenização é um substituto do direito do indivíduo à mesma segurança de que gozam os outros. Mas a violação do direito a uma segurança igual não significa que se deva poder proibir a atividade geradora de riscos ou impor sanções penais contra o criador de riscos. Os interesses da sociedade podem muitas vezes exigir uma distribuição desproporcionada do risco. No entanto, de acordo com o paradigma da reciprocidade, os interesses do indivíduo exigem que se conceda uma indenização sempre que essa distribuição desproporcionada do risco prejudique alguém que esteja sujeito a mais do que a sua quota-parte de risco. (tradução nossa). (FLETCHER, 1972, p. 550-551) ⁷⁹

A aproximação da responsabilidade civil com Rawls se deu ao considerar no princípio da reciprocidade uma necessidade de equilibrar o risco assumido pela sociedade, aplica-se o primeiro princípio de Rawls que relido é assim apresentado: todos têm direito ao máximo de segurança compatível com uma segurança semelhante para

⁷⁹ No original: "All of these manifestations of the paradigm of reciprocity strict liability, negligence and intentional battery - express the same principle of fairness: all individuals in society have the right to roughly the same degree of security from risk. By analogy to John Rawls' first principle of justice, " the principle might read: we all have the right to the maximum amount of security compatible with a like security for everyone else. This means that we are subject to harm, without compensation, from background risks, but that no one may suffer harm from additional risks without recourse for damages against the risk-creator. Compensation is a surrogate for the individual's right to the same security as enjoyed by others. But the violation of the right to equal security does not mean that one should be able to enjoin the risk-creating activity or impose criminal penalties against the risk-creator. The interests of society may often require a disproportionate distribution of risk. Yet, according to the paradigm of reciprocity, the interests of the individual require us to grant compensation whenever this disproportionate distribution of risk injures someone subject to more than his fair share of risk."

todos. Mas, “todos os pressupostos *rawlsianos* que envolvem a escolha pelo primeiro princípio de justiça não estão presentes na argumentação, e podemos dizer que estão, de alguma forma, pressupostos nela somente porque Fletcher apela às noções como equidade ou igualdade” (PENNA; LIMA, 2020, p. 372).

Arremata Fletcher que o conflito entre os paradigmas da razoabilidade e reciprocidade são, na verdade, estratégias sobre como redistribuir o ônus no sistema jurídico. A estratégia proposta pela utilidade está em otimizar a distribuição dos encargos, por outro lado, na reciprocidade a estratégia está na renúncia, isso ocorre porque na origem todos conseguem desfrutar do mesmo nível de segurança e liberdade, mas a sociedade constrói os riscos e coloca determinados indivíduos em posição de extrema insegurança (FLETCHER, 1972, p. 559).

Gregory C. Keating, por seu turno, traz mais profundidade à discussão e se torna principal representante do contratualismo da Responsabilidade Civil, como observa Fabra Zamora (FABRA ZAMORA, 2015). O autor propõe, em linhas gerais porque seu pensamento será apresentado em maior extensão, que se deve levar em consideração que com base há reciprocidade do dano, e não do risco – como apresenta Fletcher (KEATING, 2003, p. 1866).

2.2.1 Continuação: deontologia moral

A Teoria da Justiça de Rawls apresenta um universo de desdobramento deontológico ainda em descoberta e articulação com o contrato social. A teoria carrega, em si, aspectos da moralidade resgatado do kantismo e, de certo modo, do lockeanismo.

Rawls, assim como Kant, aponta o justo em precedência ao agir ético, e isso significa que o “principal objetivo de Kant é aprofundar e justificar a ideia de Rousseau de que a liberdade consiste em agir de acordo com as leis que instituímos para nós. E isso não conduz a uma moralidade de obediência austera, mas sim a uma ética de autoestima e respeito” (RAWLS, 2016a, p. 318).

A instituição da lei acarreta a escolha dos bens formalmente aceito pela coletividade. É um traço da visão que Rawls tem da teoria aristotélica em seu trabalho ao correlacionar a *pleonexia* à estrutura básica, de modo que a “definição de Aristóteles pressupõe, claramente, porém, uma interpretação do que pertence à pessoa e do que lhe é devido” (RAWLS, 2016a, p. 13). A partir de Kant e Locke, Rawls inova em aplicar a justiça em um contratualismo, em suas palavras: “Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social [...]” (RAWLS, 2016a, p. 13).

Em qual perspectiva pode-se pensar uma deontologia derivada de um procedimentalismo decorrente do contrato social?

Rawls “se preocupa em oferecer uma interpretação procedimental para as concepções kantianas de autonomia e do imperativo categórico com base na estrutura de uma teoria empírica” (BARBOSA, 2011, p. 122). A demonstração de uma forte base construtivista que recorre ao modelo deontológico kantiano possibilita a justificação moral para formação de uma responsabilização que tem como pano de fundo o justo:

a proteção necessária devida ao contratante que se encontra em situação de inferioridade, e que é explorado pela outra parte; ensina que a justiça deve reinar no contrato e que a desigualdade das prestações pode ser reveladora da exploração dos fracos; lança a dúvida sobre os acordos que são a expressão

duma vontade demasiado poderosa dominando uma vontade enfraquecida. (RIPERT, 2000, p. 24)

Ainda:

A regra moral pode ser estudada na sua função normativa quando vem impedir o abuso da forma jurídica que se queira utilizar para fins que a moral reprova. Contra o princípio da autonomia da vontade ela cria a necessidade devida ao contratante que se encontra em situação de inferioridade e que é explorado pela outra parte; ensina que a justiça deve reinar no contrato e que a desigualdade das prestações pode ser reveladora da exploração dos fracos; lança a dúvida sobre os acordos que são a expressão duma vontade demasiado poderosa dominando uma vontade enfraquecida (...) A moral ensina também que é preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito: proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento (...) O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa (...) Não se adiante muito mais quando, renunciando a distinguir em toda a sua extensão os domínios do direito e da moral, se tenta caracterizá-los por meio das regras: o direito propondo-se à ordem e não se ocupando senão das ações; a moral ocupando-se das intenções e propondo-se ao aperfeiçoamento interno individual (...) Se o direito se ocupa das ações, não é indiferente às intenções e seria singularmente paradoxal dizer que ele tem por missão a proteção dos corpos e não a das almas; se ele se desinteressa pelo aperfeiçoamento moral do indivíduo, deixa de ter o seu papel na sociedade. Não existe na realidade, entre a regra moral e a regra jurídica, nenhuma diferença de domínio, de natureza e de fim; não pode mesmo haver, porque o direito deve realizar a justiça, e a ideia do justo é uma ideia moral. Mas há uma diferença de caráter. A regra moral torna-se regra jurídica graças a uma injunção mais enérgica e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir. (RIPERT, 2000, p. 24-27)

Isso significa que o positivismo presente na Revolução Francesa sofre uma sensível mutação para abarcar um forte procedimentalismo deontológico que reestrutura e reequilibra ações eminentemente injustas, mesmo em matéria puramente civilistas. Ao mais positivista de todos é complexo afastar a influência moral em normas do ordenamento que cunham aspectos das cláusulas gerais, como “janelas” abertas para valorações ainda não expressas em normas jurídicas (MARTINS-COSTA, 1998), e que

nem podem ser expressas, dado a impossibilidade semântica de se definir o justo e a justiça em arquétipos fechados.

Em termos práticos o Código Civil aponta dispositivos que institucionalizam a deontologia moral, vejamos:

Quadro 2 - Deontologia Moral no Código Civil

Tratam da Boa-fé (objetiva e subjetiva):	Tratam da Equidade:	Tratam da Probidade	Tratam da função social da propriedade/contrato
Art. 113	Art. 413	Art. 422	Art. 421
Art. 128	Art. 479	Art. 1.735, V	Art. 2.035, §Ú,
Art. 168	Art. 738, §Ú		
Art. 167	Art. 928, §Ú		
Art. 187	Art. 944, §Ú		
Art. 242	Art. 953, §Ú		
Art. 286			
Art. 307			
Art. 309			
Art. 422			
Art. 523			
Art. 606			
Art. 637			
Art. 686			

Art. 689			
Art. 765			
Art. 814, §1º			
Art. 856, §Ú			
Art. 878			
Art. 879			
Art. 896			
Art. 925			
Art. 1.049			
Art. 1.149			
Art. 1.201			
Art. 1.202			
Art. 1.214			
Art. 1.217			
Art. 1.219			
Art. 1.222			
Art. 1.228, §4º			
Art. 1.238			
Art. 1.242			
Art. 1.243			
Art. 1.247			
Art. 1.255			
Art. 1.257			

Art. 1.258			
Art. 1.259			
Art. 1.260			
Art. 1.261			
Art. 1.268			
Art. 1.269			
Art. 1.561			
Art. 1.563			
Art. 1.741			
Art. 1.817			
Art. 1.827, §Ú			
Art. 1.828			

Fonte: CAMPOS, 2023.

Tais dispositivos do Código Civil demonstram a impossibilidade de existir o legislador prévio e universal e, uma maior participação do consenso sobreposto – assim como Rawls prevê em seu contrato social, porque é com a convivência e sobreposição (*overlapping consensus*) que se organiza o pacto e supera-se as diferenças. Tal dimensão molda os paradigmas do justo, da justiça e da moral, em uma teoria contratualista de validação, que pode ser observável no ordenamento jurídico:

É evidente que que Rawls não tem a intenção de conferir tal papel ao contrato. Não o encara como algo com que as pessoas se tenham efectivamente comprometido, ainda que apenas tacitamente. << Os compromissos a que se faz

referência são puramente hipotéticos. >> (16.) Deste modo, o contrato não serve para legitimar o *status quo*, à maneira de uma convenção fundamental.

O papel que a concepção de Rawls atribui ao contrato é mais avaliativo do que legitimador. O contrato é encarado como um teste à desejabilidade e exequibilidade do plano. Se decidíssemos entre uma gama de opções sócio-políticas, uma seria, sem margem para dúvidas, escolhida na posição original. Isso mostraria, na concepção de Rawls, que essa seria a mais altamente valorizada. Revelaria que o tipo de Estado em causa, com as exigências que faz aos cidadãos, é válido. Não mostraria que tal Estado, se é que existe, possui uma origem – por exemplo, com fundamento no consentimento dos cidadãos – que justifica todas as suas exigências, quaisquer que sejam. Deste modo, o contrato desempenha um papel que nada tem a ver, particularmente, com a legitimidade dos regimes, mas com sua validade. (KUKATHAS; PETTIT, 2005, p. 42)

A coexistência é uma problemática que a teoria do estado vincula a oportunidade de obtenção do *bem comum* a todos. As dinâmicas de disputa social têm um forte mote na posição de cada indivíduo em acessar os bens comuns. Na *Teoria da Justiça* e no *Liberalismo Político*, o autor reposiciona a discussão sobre o bem comum para a busca do processo justo, que deve ser depurado constantemente por todos.

Volvendo para a sociedade atual, a responsabilidade civil cinge-se sobre a premissa do ilícito. Pode-se iniciar a conceituação do ilícito da seguinte maneira: Aquele que por ação ou omissão causa dano a outrem tem o dever de reparar. Essa perspectiva coloca como pano de fundo o dano a um determinado bem, que pode ser material, imaterial, corpóreo, incorpóreo, fungível, infungível etc.

Se a materialização da teoria de Rawls for aplicável na compreensão e dimensão do dano, do ilícito e da responsabilização, há de se propor uma mudança na busca da procedimentalização do justo na reparação civil. O que se averigua com essa construção é o reconhecimento de uma validade intersubjetiva que existe na responsabilidade civil. Nesse momento, volve-se ao estudo da teoria da responsabilidade civil e suas novas fronteiras.

2.3 A possibilidade (ou não) de interpretar a responsabilidade civil à luz da teoria como equidade de Rawls

A filosofia política (moral) de Rawls pode ter certa (ou total) aplicabilidade na responsabilidade civil objetiva. A razoabilidade é fator importante na responsabilidade civil objetiva na determinação do dever de reparação. George Fletcher, em *Fairness and Utility in Tort Theory*, analisou a teoria da justiça e lançou luz ao analisar a reciprocidade e não reciprocidade.

Na análise de Fletcher a existência da reciprocidade estabelece uma sociedade de iguais ao distribuir os riscos. A reciprocidade é medida em razão dos riscos iguais em probabilidade e gravidade e pode-se enxergá-la a partir da seguinte premissa: i) quando os riscos são iguais em probabilidade e extensão a abdicação de segurança “recíproca” garante liberdade as partes. Essa premissa garante benefício mútuo e justiça entre as partes (FLETCHER, 1972).

Mas, o risco em dimensão distinta acima, apresenta uma distribuição injusta de responsabilidade. Se existe a reciprocidade a responsabilidade civil objetiva é apenas uma forma de se evitar o dano ao patrimônio pessoal.

Em crítica às considerações apresentadas, é necessário analisar o dano e sua extensão ao indivíduo que sofre o dano. Como exemplo, em determinado acidente culposo as lesões físicas ocasionadas não são recíprocas, impossibilitando de aplicar-se a reciprocidade – por exemplo. A distribuição justa se dará com a correta distribuição do

custo do acidente. A teoria de Rawls apresenta elementos para identificar a equidade como a justa distribuição do dano tanto para a responsabilidade objetiva quanto para a subjetiva (FLETCHER, 1972).

A responsabilidade civil denota, em origem, a superação da responsabilidade física do devedor (assim compreendido, nesse momento, como aquele que causou dano e/ou descumpriu uma obrigação estipulada entre as partes). A nova fronteira aberta pelo Direito Romano se associa, em algum grau, com perspectivas da justiça, essa afirmação é perceptível quando se analisa a *Lex Aquilia de damno* (Lei Aquiliana), indiretamente a partir de outros textos (como por exemplo em Gaio, *Institutas*, 3, 215-216, *apud* FRANÇA, 1985), que a nova legislação encerra um ciclo legislativo “em matéria de danos e nela se baseia todo o Direito Clássico e o Justiniano”. Essa nova fase não deixa de apresentar a reciprocidade quanto a reparação dos danos, mas, altera o lócus de atingimento do objeto de incidência, ou seja, não se busca as partes do corpo do ofensor, mas, sim, o seu patrimônio. Na reciprocidade tem-se o ambiente de análise e o lócus de incidência para reparação civil.

Estabelecer um critério para aplicação da responsabilidade objetiva e a extensão da reciprocidade é debate que envolve a liberdade de escolha das partes e o critério de segurança que acarretará uma diminuição da liberdade, “CANARIS e LARENZ afirmam que o problema fundamental de toda a responsabilidade civil extracontratual consiste na relação de tensão entre a proteção de bens jurídicos e a liberdade de atuação” (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 93). É necessário conciliar os dois conceitos para a coexistência da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, de forma a favorecer a justiça.

Como apresentado anteriormente, a responsabilidade civil objetiva foi incorporada em diversos ordenamentos jurídicos ao final do século XIX, como modo de proteger o cidadão envolto em uma sociedade de risco, em razão da industrialização. Fato é que a vida em sociedade se transformou em uma convivência de risco, isso significa que a responsabilidade objetiva crescerá de acordo com a descoberta de novos riscos e atividades perigosas que, por escolha, os indivíduos não quererão suportar.

É preciso, por óbvio, encontrar o âmbito de razoabilidade na tomada de decisão do que será compreendido como responsabilidade objetiva. Em Rawls os indivíduos devem compartilhar um objetivo comum com justos termos de cooperação e, assim, encontram a razoabilidade. E, isso acontecerá com a escolha como característica da justiça como equidade:

Uma das características da justiça como equidade é a de conceber as partes na situação inicial como racionais e mutuamente desinteressadas. Isso não significa que as partes sejam egoístas, isto é, indivíduos com apenas certos tipos de interesses, por exemplo, riquezas, prestígio e poder. (RAWLS, 1997, p. 15)

Entre iguais a cooperação não pode ser compreendida pela comparação entre as vantagens e desvantagens inerentes ao caso concreto, mas pelo ônus e benefícios afetados:

A filosofia política na linha rawlsiana desenvolve a ideia geral de razoabilidade de várias formas. Em primeiro lugar, supõe que a razoabilidade e a racionalidade são noções complementares. As pessoas razoáveis têm diversos fins - diversas concepções da sua própria vantagem racional; diversas preferências, fins e aspirações. Em segundo lugar, a filosofia política na linha rawlsiana supõe que as pessoas razoáveis partilham o objetivo comum de chegar a um acordo não

forçado sobre termos de cooperação justos. (tradução nossa). (KEATING, 2003, p. 1866)⁸⁰

Assim, em se tratando de responsabilidade objetiva deve-se averiguar o encargo sofrido pela vítima, tendo em vista que a razoabilidade pela cooperação, pretende um benefício mútuo com base na reciprocidade. A liberdade de ação é respeitada em um sistema de responsabilidade civil, não há o impedimento da ação, mas apenas o redimensionamento do risco dessa ação e como o direito pode estabelecer regras que auxiliam a efetivar a justiça distributiva, por isso:

A conduta dos indivíduos, guiada por seus planos racionais, deve ser coordenada tanto quanto possível para atingir resultados que, embora não pretendidos ou talvez nem mesmo previstos por eles, sejam mesmo assim os melhores do ponto de vista da justiça liberal. (KEATING, 2003, p. 1866)

Há de se lembrar, como apontado anteriormente, que a Teoria da Justiça com todas as nuances de Rawls, declaradamente não deve ser aplicada diretamente em situações que envolvem os entes privados e, o próprio autor assim declara:

A justiça de um arranjo social depende, em essência, de como se atribuem os direitos e os deveres fundamentais e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade. O âmbito da nossa investigação está delimitado de duas maneiras. Em primeiro lugar, intresso-me por um caso especial do problema da justiça. Não tratarei da justiça das instituições e costumes sociais em geral nem, a não ser de passagem, da justiça do direito dos povos e das relações entre Estados (§58). Portanto, quando se supõe que o conceito da justiça se aplica sempre que se considere vantajoso ou desvantajoso, só estaremos interessados em um exemplo de sua aplicação. Não há motivo para supor de antemão que os princípios que são satisfatórios para a estrutura básica sejam válidos para todos os casos. Esses princípios podem não

⁸⁰ No original: "Political philosophy in a Rawlsian vein elaborates on the general idea of reasonableness in a number of ways. First, it supposes that reasonableness and rationality are complementary notions. Reasonable people have diverse ends—diverse conceptions of their own rational advantage; diverse preferences, ends, and aspirations. Second, political philosophy in a Rawlsian vein supposes that reasonable people share the common aim of reaching unforced agreement on fair terms of cooperation."

funcionar nas normas e nas práticas de associações privadas ou grupos sociais menos abrangentes. [...] Deve-se então considerar que a concepção de justiça social oferece em primeiro lugar um padrão por meio do qual se devem avaliar os aspectos distributivos da estrutura básica. (RAWLS, 1997, p. 9-11)

Aqui, Rawls demonstra que a justiça como equidade requer o reconhecimento de uma desproporção para a correta busca do equilíbrio – do vantajoso e desvantajoso – e, a importância da aplicação de acordo com o exame do caso concreto, sem uma constatação *a priori*.

A escolha da teoria de Rawls para fundamentar a revisão da responsabilidade civil tem sua racionalidade na mudança do *locus* da negligência, culpa e dano. A própria doutrina diverge quanto aos elementos caracterizadores da responsabilidade. A responsabilidade civil clássica esboçada no Código Civil de 1916 tem como principal vetor a culpa, com algumas exceções - v.g. o reconhecimento da responsabilidade objetiva do tutor do animal que causava dano a outrem, art. 1527, do CC/16. O Código Civil de 2002 adota fortemente um sistema misto em que a teoria do risco por atividades desenvolvidas é fortemente assumida no *Codex*.

A responsabilidade clássica tem uma visão estrita para a conduta do ofensor – que o Código Civil de 2002 denomina de ato ilícito, art. 186 – a partir dos elementos estruturantes da responsabilidade: a) ação ou omissão, acarretadora do ato ilícito; b) configuração do dano moral ou patrimonial; c) nexo de causalidade (DINIZ, 2020). A conduta da ação ou omissão é irracional e insuficientemente.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva concentra-se no dano causado em razão do risco pré-assumido no desenvolvimento da atividade de risco. A legislação brasileira carrega muitos exemplos (situações) de aplicação: a) responsabilidade objetiva do Estado art. 37, §6 da CF/88; b) acidentes de trabalho; c) acidentes aéreos, art. 268,

da Lei nº 7565, de 19/12/1986; d) Responsabilidade por danos causados aos proprietários marginais, art. 26, do Decreto 2681/1912; e) Responsabilidade objetiva pelo produto ou serviço, arts. 14 e 14 do CDC; f) Responsabilidade de quem explora atividade nuclear, Artigo 21, XXIII, d da CF e art. 4º da Lei 6.453, de 17.10.77; e, g) Responsabilidade criada pela lei antitruste, nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Em análise, a regra é a da responsabilidade subjetiva conforme opinião de Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2022, p. 33), Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2013, p. 14) e Miguel Reale (REALE, 1998, p. 22 – 30). Nessa mesma linha o Supremo Tribunal Federal no Informativo 950: “A regra do Direito brasileiro é a da responsabilidade civil subjetiva. Portanto, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. Mas isto não impede que em certos casos adote-se com autorização da lei ou por decisão do Judiciário a responsabilidade objetiva, para garantir a indenização do dano causado por agente que pratica atividade lesiva que envolva risco, porque o agente assume o risco da atividade de que tira proveito, atividade esta que está sob o seu controle, nesse sentido, Caio Mário Pereira entende que o Código Civil de 2002 adotou um sistema dualista que se completam (PEREIRA, 2023, p. 52).

Para Keating (2003, p. 1872), escolher entre responsabilidade subjetiva e objetiva tem que ver com transferir os custos envolvidos no dano, isso significa que quando se trata daquela está-se diante risco não razoável e quando desta de risco razoável – reconhecido pela norma e jurisprudência. Outra distinção feita está no ônus da reparação: a) na responsabilidade subjetiva exige-se que a vítima assuma o encargo da demonstração da culpa e seu nexos de causalidade; b) já na responsabilidade objetiva há maior incumbência do ofensor em assumir o ônus pelo dano causado.

Um ponto crítico é relacionar a justa distribuição do ônus na responsabilidade. Partindo do pressuposto que há cooperação benéfica entre iguais e esse é o fator da justa divisão, precisa-se considerar o princípio da diferença para: a) entender e adotar a premissa da sociedade como um empreendimento cooperativo entre iguais; b) considerar as peculiaridades de dada sociedade. Com isso, quando se analisa uma sociedade com participantes em situação de igualdade, em decorrência da cooperação social, todos têm acesso aos mesmos direitos e obrigações. Apenas a vivência demonstrará os pontos focais de desnivelamento nas relações sociais, com isso, aplica-se o princípio da diferença ou a prioridade do menos favorecido – caracterizador desse princípio, assim:

[...] a justiça como equidade seria preferida por ser uma concepção que cria o seu próprio apoio, sendo por isso estável. Esta concepção é o esteio de um sistema que proclama o bem de todos: são garantidas as liberdades a todas as pessoas e o próprio princípio da diferença garante que todos beneficiam da cooperação social. KUKATHAS; PETTIT, 2005, p. 62)

Os riscos na sociedade, ainda que se trate de uma sociedade cooperativa, são desvelados com as ações práticas do cotidiano, nesse contexto, a equidade na divisão do ônus e benefícios afetam os que estão em melhor condição de forma distinta dos que estão em pior condição socioeconômica. Em uma comunidade (sociedade) de risco cada indivíduo tem a segurança comprometida ao suportar riscos impostos por outros, isso faz com que se tenha que mensurar a distribuição mais justa possível capaz de trazer benefícios para o indivíduo (v.g. o risco assumido de viajar de avião e um acidente acontecer, ou ainda, encontrar nesse mesmo exemplo a distinção para aplicação do ônus pelo dano entre o risco do avião cair e vitimar todos e, o risco de voar em segurança e

perder os pertences por terem sido extraditados). A razoabilidade é ponto importante para essa justa dimensão:

A razoabilidade exige (1) ter em conta o impacto da conduta de uma pessoa sobre outras pessoas como uma circunstância capaz de influenciar as suas decisões; e (2) estar preparado para reger a sua conduta numa base aceitável para os outros afetados pela sua conduta. As pessoas razoáveis procuram cooperar em termos justos com outras pessoas iguais, independentes e razoáveis. As condições justas permitem que cada pessoa persiga os seus próprios objetivos e fins em termos que todos os afetados possam aceitar. Quando estão em causa riscos de lesões corporais, as condições em que os riscos são permissivelmente impostos e os custos dos acidentes distribuídos conciliam as reivindicações concorrentes de liberdade e segurança. A liberdade e a segurança são condições institucionais que permitem que pessoas com objetivos e fins diversos realizem esses fins, sejam eles quais forem. É necessária uma medida substancial de cada uma delas para que as pessoas realizem os seus planos e aspirações particulares. O problema do direito dos acidentes é que, quando estão em jogo riscos de lesões físicas, a liberdade e a segurança entram em conflito e a tarefa do direito dos acidentes é conciliar a liberdade e a segurança em termos que sejam justos e, portanto, aceitáveis para aqueles que afetam. (KEATING, 2003, p. 1875)⁸¹

Ora, a própria análise estritamente econômica demonstra que a responsabilidade objetiva induz a maior precaução do ofensor para se evitar danos (SHAVELL, 2003). No entanto, o aspecto que a análise econômica não auxilia é a aplicação da lógica moral como contributo para a existência da responsabilidade civil (subjéctiva e objectiva). A exploração dessa lógica nos permite defender a equidade da responsabilidade de forma

⁸¹ No original: "Reasonableness requires (1) taking the impact of one's conduct on other people into account as a circumstance capable of influencing one's decisions; and (2) being prepared to govern one's conduct on a basis acceptable to others affected by one's conduct. Reasonable people seek to cooperate on fair terms with other equal, independent, and reasonable people. Fair terms enable each person to pursue his or her own aims and ends on terms that all those affected can accept. When risks of physical injury are at issue, the terms on which risks are permissibly imposed and accident costs distributed reconcile competing claims of liberty and security. Liberty and security are institutional conditions which enable people with diverse aims and ends to realize those ends, whatever they happen to be. A substantial measure of each is necessary for people to realize their particular plans and aspirations. The predicament of accident law is that, when risks of physical injury are at stake, liberty and security conflict and the task of accident law is to reconcile liberty and security on terms that are fair and therefore acceptable to those they affect."

mais completa e, leva ao reconhecimento de que a responsabilidade civil também pode florescer fora da culpa.

Pode-se enfatizar, na esteira de Keating, quatro facetas da equidade na responsabilidade: i) é justa com as vítimas e faz com que se analise o quanto os riscos podem ser assumidos pelos ofensores; ii) é justa para os ofensores porque simplesmente pede que eles aceitem os custos de suas escolhas; iii) é justa porque cobra um preço justo dos ofensores pela liberdade que a responsabilidade civil lhes confere; iv) a última faceta leva em consideração a proporcionalidade entre o ônus-benefício que deve ser suportado (KEATING, 2003, p. 1920).

Assim:

A responsabilidade por negligência não exige que os custos dos acidentes - mesmo os acidentes por negligência - sejam distribuídos entre aqueles que criam riscos de danos semelhantes, ao passo que a responsabilidade objetiva decorrente de atividades o faz. A responsabilidade decorrente de atividades afirma: (1) que os custos dos acidentes devem ser internalizados pela empresa cujos custos são; e (2) que esses custos devem ser dispersos e distribuídos entre aqueles que constituem a empresa e que, portanto, beneficiam das suas imposições de risco. A responsabilidade por negligência, pelo contrário, sustenta que os lesantes têm o dever de reparar os danos causados a outros por negligência sua. A responsabilidade por negligência justifica a deslocação de perdas concentradas, enquanto a responsabilidade decorrente de atividades justifica a dispersão e distribuição de perdas concentradas. É certo que nada na responsabilidade por negligência proíbe os lesantes de fazerem um seguro contra potenciais responsabilidades, mas também nada na responsabilidade por negligência o exige. O seguro não é parte integrante da responsabilidade por negligência, embora o seguro contra a responsabilidade por negligência seja uma prática moderna normal. (tradução nossa). (KEATING, 2003, p. 1894) ⁸²

⁸² Negligence liability does not require that the costs of accidents—even negligent accidents—be spread among those who create similar risks of harm, whereas enterprise liability does. Enterprise liability asserts: (1) that accident costs should be internalized by the enterprise whose costs they are; and (2) that those costs should be dispersed and distributed among those who constitute the enterprise, and who therefore benefit from its risk impositions. Negligence liability, by contrast, holds that injurers have a duty to make reparation when they injure others through their own carelessness. Negligence liability justifies shifting concentrated losses, whereas enterprise liability justifies dispersing and distributing concentrated losses. To be sure, nothing in negligence liability forbids injurers from insuring against potential liability, but nothing in negligence liability requires it, either. Insurance is not integral to negligence liability, even though insuring against negligence liability is standard modern practice.

Como distinguir na responsabilidade objetiva decorrente de atividades as ações desenvolvidas pelo ofensor e pela vítima? O ofensor é o responsável pela gênese da atividade de risco e a vítima está como destinatária final da atividade (produto ou serviço reconhecidamente perigosos). Para Keating as normas de responsabilidade objetiva devem levar em consideração a distinção dos riscos característicos de escolher e usar um determinado produto e/ou serviço, dos riscos de fabricar e comercializar esse produto e/ou serviço (KEATING, 2003, p. 1920).

A responsabilidade civil incorporou a justiça distributiva dos danos, ou seja, a perspectiva de distribuir os ônus das lesões provocadas, os que se beneficiam da liberdade para explorarem uma atividade de risco obtêm lucro e aceitam a responsabilização.

Essa lógica moral (justiça distributiva pela equidade) na redistribuição, ainda, tem supedâneo no princípio da liberdade. A liberdade (livre iniciativa) de se colocar outros em perigo é ação valiosa e, como consequência, tem-se a responsabilidade pelo dano causado a outrem à um preço justo pelo ilícito causado:

No contexto da responsabilidade civil, a função reparatória exala a filosofia moderna adepta da primazia da liberdade. O sistema de direito privado não interfere previamente no exercício de atos e atividades, permitindo que o mercado se autorregule, de forma a preservar a autonomia privada. A interferência do ordenamento se dará a posteriori, no momento patológico do dano, com a fixação de uma indenização apta a corrigir o desequilíbrio econômico subsequente à lesão. Nada obstante, nas funções punitiva e precaucional, a bússola desvia em certo grau da liberdade e persegue a segurança de forma mais acentuada (algo esperado na “sociedade de riscos”). Entram em cena como substrato das referidas funções as teorias que veem a justiça intimamente associada à virtude. A lei se retira de sua neutralidade e passa a induzir os cidadãos à prática de comportamentos socialmente desejáveis, prevenindo danos iminentes e futuros, seja sob o argumento da coerção a uma pena civil em face de condutas reprováveis ou da precaução para que a prudência seja a tônica

do exercício de atividades potencialmente danosas. (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 86)

A reparação ao dano é princípio básico assente em todas as espécies de responsabilidade civil. Aqui, com base na construção de Rawls inicia-se o questionamento da verificação do quanto o “dever” da responsabilidade civil está eivado de razoabilidade e racionalidade.

A responsabilidade civil subjetiva pode ser afastada todas as vezes que a ação ou omissão for tomada de modo a extrapolar a razoabilidade de comportamento esperado pela lei. Nesse caso, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva. Assim, essa transformação da responsabilidade subjetiva em objetiva demanda uma gradação entre culpa do ofensor e dano à vítima: i) bem como na responsabilidade objetiva, a segurança e a liberdade fazem parte da estrutura básica da sociedade e seu atingimento depende da ação e/ou omissão do ofensor, aqui não está se discutindo a atividade de risco e/ou produto colocado à disposição da vítima e, sim a relação causal; ii) identificado onexo causal, o caso concreto pode estabelecer o grau de culpabilidade da ação e o risco intencional dessa atividade, a culpa máxima, quando estabelecida deve receber tratamento igual ao da distribuição do ônus na responsabilidade objetiva, com reparação integral.

A responsabilidade objetiva e subjetiva têm como mote prático restabelecer a situação *a quo*, ou seja, o tema trata de respostas a certos tipos de conduta, contratempus, injustiças ou lesões. Em Rawls, a justiça é um arquétipo de um sistema político/normativo, com isso, a aplicação como subsunção não é cabível, como obtempera o próprio autor. Esse cuidado é necessário.

2.4 Outras inflexões do contratualismo rawlsiano na responsabilidade civil

A responsabilidade civil extracontratual decorre de uma relação não contratual que envolve um dano. Em linhas gerais, como apresentado anteriormente, tem-se (a) uma vítima que sofre um dano, (b) os danos estão relacionados a uma ação ou omissão, decorrentes da violação de um dever – ou não -, c) aquele que praticou o ato o fez por vontade, caracterizando a culpa, e, d) há um nexo de causalidade entre a ação e/ou omissão e o dano sofrido. Embora a questão seja tratada há considerável tempo pela dogmática jurídica, a “a filosofia da responsabilidade civil é a reflexão filosófica sobre o domínio dogmático do direito que se ocupa dos danos civis [...]” (FABRA ZAMORA, 2015, p. 2541) ⁸³.

O estudo da responsabilidade civil, pela obviedade aparente acima, pode ser objeto de questionamento sobre o porquê de se analisar o direito de ser reparado sob a égide da filosofia do direito. Muitas das questões dogmáticas se tornam inteligíveis em razão das abstratas considerações. Têm três fundamentos razoáveis que explicam a preocupação do estudo da responsabilidade civil pela filosofia: i) a sua justificação, ou seja, os valores que legitimam; ii) os aspetos metodológicos que permitem responder às questões anteriores; e, iii) o estudo da explicação conceitual, da justificação normativa e da metodologia para resolver essas questões fundamentais relacionadas à doutrina (FABRA ZAMORA, 2015, p. 2542).

⁸³ No original: “filosofía de la responsabilidad extracontractual es la reflexión filosófica el área dogmática del derecho que se ocupa de los ilícitos civiles [...]”

Pela visão acima, pode-se afirmar que um dos objetivos de se analisar a responsabilidade à luz da filosofia está em: encontrar fundamentos de justificativa para a dogmática tradicional – a) dano, b) ação/omissão, c) culpa e d) nexo de causalidade.

Na responsabilidade contratual aquele que descumpre o contrato deve provar que não agiu com culpa e, presume-se em favor da vítima a culpa do inadimplente, em razão do vínculo anterior - pacto, contrato - entre causador do dano (inadimplente) e vítima. Responde, no âmbito contratual o menor e o incapaz se agirem com dolo, mentindo sobre a sua idade ou o incapaz antes da interdição, desde que pratiquem negócio jurídico com terceiro de boa-fé que não possa desconfiar da menoridade ou da incapacidade.

Por outro lado, na extracontratual a vítima que alega o dano deve provar a culpa do agente causador do prejuízo, com algumas exceções. Há doutrinadores que defendem não existir diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual, com os seguintes argumentos: i) Se ambas dependem de culpa, que é a infração de uma obrigação preexistente, não são diferentes a violação oriunda de contrato e a violação derivada de qualquer outra fonte; ii) O inadimplente de qualquer forma vai responder em pecúnia pelas perdas e danos, e; iii) em certas leis contemporâneas a diferença não é levada em conta (por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor) (ROSENVALD, FARIAS e NETT, 2019, p. 91 – 95) (GRAMSTRUP, 2006, p. 88).

Para além das distinções acima, com base nos estudos de René Savatier, o civilista Erik Frederico Gramstrup (2006) aponta as seguintes diferenças entre as responsabilidades contratual e extracontratual:

Tabela - Quadro comparativo: Distinções entre Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Responsabilidade Contratual	Responsabilidade Extracontratual
Princípio único de responsabilidade: O vínculo voluntário	Diversos fundamentos de responsabilidade: dever genérico de não prejudicar; deveres legais específicos; deveres morais; risco
Autonomia da vontade	Independente da autonomia da vontade
Coisa julgada sem efeito sobre a outra	Coisa julgada sem efeito sobre a outra
Capacidade para contratar	Obriga os incapazes
Escolha da lei de regência pelas partes	Lei do lugar do ato danoso
Certa liberdade de aumento ou atenuação	Impossibilidade de exclusão
Modelo de culpa em abstrato do bom pai de família/atenuação da culpa nos contratos gratuitos	Incidência da culpa leve
Limites à extensão da reparação: ausente o dolo, somente perdas e danos previsíveis	Não se aplica esta limitação, inclusive quando o ilícito delitual agrega-se ao contrato

<p>Limite legal dos juros de mora, enquanto perdas e danos resultantes da mora de obrigações pecuniárias</p>	<p>Esta regra não se aplica aos danos que se acresçam à simples perda do rendimento, quando o devedor em mora estava de má-fé. Por maior força de razão, o mesmo se dá em todos os casos onde uma responsabilidade delitual distinta for estabelecida.</p>
<p>Necessidade de constituição em mora</p> <p>‘Diz-se ademais que, mesmo na responsabilidade contratual, a constituição em mora não é útil senão para evidenciar o atraso na execução, justificando as perdas e danos moratórias. Não tem mais interesse quando se chega à inexecução, sendo as perdas e danos compensatórias.’</p>	<p>Sem aplicação</p>
<p>Prazos de prescrição de certos contratos</p>	<p>Prazo de prescrição afetado pelo Direito Penal</p>
<p>Início de prova escrita</p>	<p>Dispensa dessa prova</p> <p>‘Mas a jurisprudência não aplica esta dispensa quando a culpa delitual teve, por instrumento, um contrato. Este</p>

	ato jurídico, ao menos no que concerne às partes, deverá então ser provado por escrito.’
Influência da concordata nas perdas e danos contratuais, mesmo que pronunciados posteriormente, porque retroagem ao momento do contrato	Inexistência dessa influência
Regras próprias de competências judiciária	Competência do foro do dano
Regras específicas dos contratos nominados	Sem aplicação
Culpa presumida quando a obrigação é de resultado	Culpa presumida nos quase-delitos e nos delitos, quando a lei impõe o resultado ‘É, por exemplo, o dever do automobilista de portar as luzes descritas pelo código da estrada ou de deixar passar, nos cruzamentos, o veículo quem à sua direita.’

(GRAMSTRUP, 2006, p. 85 – 86)

Em se tratando da responsabilidade extracontratual, a filosofia se une à dogmática tradicional para analisar a responsabilidade moral⁸⁴ daquele que preenche os quesitos da norma, mas:

Em geral, o problema da responsabilidade civil é entendido como uma situação privada entre particulares e não como a prossecução de um objetivo que as nossas instituições devem cumprir. Por conseguinte, as teorias baseadas na justiça centram-se no estudo da responsabilidade civil como uma relação que existe entre os infratores e as vítimas e não como a procura ex ante da eficiência ou da minimização dos custos. Em geral, as teorias da justiça devem ser enquadradas numa tradição mais vasta da filosofia moral que tenta reagir e responder às abordagens consequencialistas. (tradução nossa). (FABRA ZAMORA, 2015, p. 2547)⁸⁵

Na responsabilidade extracontratual percebe-se a influência da justiça corretiva aristotélica, em que identificada a lesão busca-se uma retificação baseada na justiça particular – formulação identificada no livro V da *Ética a Nicômaco*. A aplicação na atualidade pode-se dar com base na concepção libertária (Richard Epstein), aristotélica-kantiana (Ernest Weinrib e Arthur Ripstein) ou da anulação das perdas (Jules Coleman).

⁸⁴ “Sin embargo, al momento de identificar y resolver casos difíciles, o en el momento en que un legislador diseña un sistema (e. g., al diseñar un Código Civil o una reglamentación especial), o cuando se implementan políticas públicas o se “construyen” mecanismos jurídicos para la implementación de principios abstractos; se hace necesario articular y hacer explícitos los compromisos morales y políticos que informan la acción de jueces y legisladores. En otras palabras, para la resolución de muchos casos prácticos se requiere una comprensión más completa del área como un todo coherente, y para ello necesariamente debemos enfrentarnos con los principios y valores morales y políticos que nutren, informan y modelan el ordenamiento, y los que son, precisamente, la ocupación del filósofo”. FABRA ZAMORA, Jorge Luis. *Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate* [Philosophy of Tort Law]. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; SPECTOR, Ezequiel (coord.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. v.3. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 2533- 2618, p. 2543 - 2544.

⁸⁵ No original: “En general, se entiende el problema de responsabilidad extracontractual como una situación privada entre individuos particulares y por fuera de la búsqueda de un objetivo que nuestras instituciones deban cumplir. Por tanto, las teorías basadas en la justicia se centran en estudiar la responsabilidad extracontractual como una relación que existe entre los dañadores y las víctimas, y no como la búsqueda ex ante de la eficiencia o la minimización de costos. En general, las teorías de la justicia deben enmarcarse dentro de una tradición mayor en filosofía moral que intenta reaccionar y dar respuesta a las aproximaciones consequencialistas.”

A construção da base filosófica da responsabilidade extracontratual pode decorrer do seguinte exemplo: Um transeunte que ignora os avisos sonoros de um trem em aproximação e acaba por ser atingido. Entre as questões a serem respondidas no caso acima têm-se: i) é necessário indenizar o dano, independente da culpa? Ou a culpa ainda é requisito da responsabilidade extracontratual? Quais interpretações/aplicações dos princípios da moralidade, justiça distributiva e equidade são úteis na responsabilidade? A indenização deve ser integral? Ou deve ser mitigada?

Epstein tem uma visão monista da responsabilidade. O teórico adota a teoria objetiva e a responsabilidade extracontratual se resume a localizar o elemento central: o dano causado e sua extensão, como violação de um direito. Antagonicamente, a teoria tem como base de fundo a concepção libertária Robert Nozick, “Uma das premissas fundamentais do liberalismo libertário é que uma pessoa tem direitos invioláveis sobre o seu corpo, a sua reputação e os bens legitimamente adquiridos.” (FABRA ZAMORA, 2015, p. 2562) ⁸⁶.

O ponto crítico da teoria libertaria enfrentado por Epstein diz respeito a causalidade. Assim pensa o autor a causalidade: quando há decisão que determina a reparação e não está fundada em uma causalidade metafísica, mas no senso comum de causalidade perceptível⁸⁷. Logo, no exemplo acima, a responsabilidade civil será afastada, em razão da quebra razoável da causalidade.

Outra perspectiva da filosofia da responsabilidade abordada por Coleman, considera a acomodação da modalidade extracontratual e contratual. A estrutura básica

⁸⁶ No original: “Una de las premisas fundamentales del liberalismo libertario es que una persona tiene derechos inviolables sobre su cuerpo, su reputación y a los bienes que adquiere legitimamente”.

⁸⁷ Esse senso comum de causalidade foi desenvolvido por HLA Hart.

que fundamenta a responsabilidade extracontratual é a anulação da perda. A concepção mista desenvolvida por Coleman não considera a existência de equilíbrio pré-normativo ou equivalência de perdas. A concepção aplicada é a da anulação: isso significa que se pretende anular um determinado tipo de perda, a considerada injusta, em razão do dever de reparação (SHEINMAN, 2014).

O dever de reparação não depende da orientação (noção) normativa – puramente -, mas da explicação da sua importância, de acordo com a sua base (igualitária, libertária, econômica etc.). Outro ponto está em considerar o que deve ser “cuidado razoável” para a constatação do desvio a ser responsabilizado, isso dependerá de uma certa compreensão da concepção política. Dessa forma, a ideia de culpa não considera as atividades desenvolvidas em si, mas incorpora a concepção política do valor das atividades. Essa visão é agregativa a uma concepção do valor das atividades assemelhada a concepção rawlsiana dos bens primários.

A partir do aduzido, a tarefa básica do direito é reconhecer a existência de direitos e deveres. A responsabilidade moral argumenta com base em premissas comuns ao contratualismo: i) na visão clássica: liberdade, autonomia contratual, propriedade ii) na contemporaneidade: equidade, distributividade, reciprocidade etc.

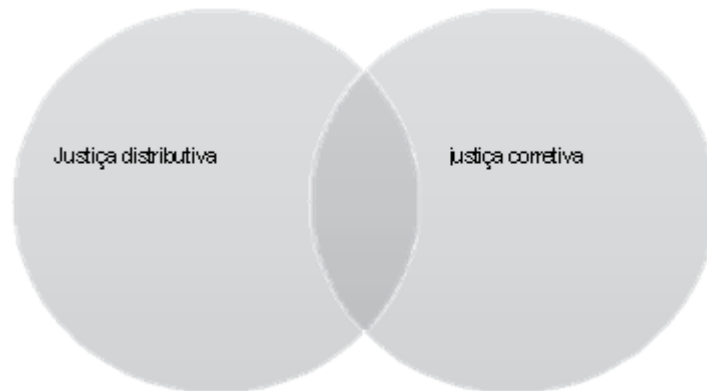
Normalmente, a justiça corretiva tem fundamentado a responsabilidade civil, e a justiça distributiva, por vezes, tem tangenciado a questão:

Os defensores destes pontos de vista parecem partilhar o pressuposto aristotélico de que a justiça corretiva e a justiça distributiva são categorias de justiça que se excluem mutuamente e que não se intersectam, pelo que nenhuma

das categorias se sobrepõe à outra” (SHEINMAN, 2014, p. 357-358) (tradução nossa)⁸⁸.

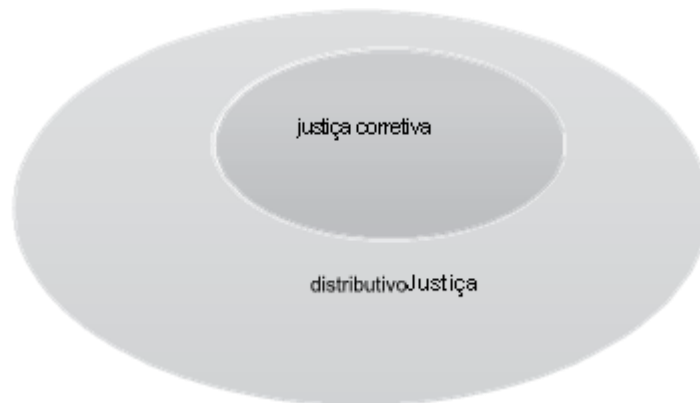
Esquemáticamente, as justiças distributiva e corretiva assim podem ser representadas:

Figura 2 - Justiça distributiva e corretiva se cruzam



Fonte: SHEINMAN, 2014.

Figura 3 - A justiça distributiva inclui a corretiva



Fonte: SHEINMAN, 2014.

⁸⁸ No original: “Proponents of such views seem to share the Aristotelian assumption that corrective and distributive justice are mutually exclusive categories of justice that do not intersect and so that neither category subsumes the other”.

Figura 4 - A justiça corretiva inclui a distributiva



Fonte: SHEINMAN, 2014.

Na figura 1, as justiças corretiva e/ou distributiva estão em natureza categórica distintas, mas em algum ponto se conectam e combinam, principiologicamente. Na figura 2 e 3, consideram-se ambas na categoria da justiça e uma instituição pode depender da outra para sua justificação, o que dará conformidade na combinação ou utilização dos princípios (SHEINMAN, 2014, p. 360). Há de se definir qual a ordem de prioridade.

Parte da doutrina adota a possibilidade da intercambialidade dos princípios da justiça corretiva e distributiva:

Os teóricos contemporâneos que aceitam a possibilidade de uma justificação mista do direito da responsabilidade civil partilham o pressuposto da natureza categórica da distinção relevante. Segundo Stephen Perry, por exemplo, "os dois princípios têm funções normativas diferentes. Um diz respeito à distribuição justa dos recursos, enquanto o outro se preocupa em remediar as interações prejudiciais entre as pessoas". (SHEINMAN, 2014, p. 360) (tradução nossa)⁸⁹

⁸⁹ No original: "Contemporary theorists who accept the possibility of such mixed justification of tort law share the assumption about the categorical nature of the relevant distinction. According to Stephen Perry for example 'the two principles have different normative functions. One is concerned with the just distributions of resources, while the other is concerned with remedying harmful interactions between persons'."

Sobre a prioridade, a primeira aplicação tende a considerar a justiça corretiva a de justificação para a responsabilidade civil, levando em consideração essa suposição, o primeiro princípio aplicável é corretivo, colocando ao lado a justiça distributiva, assim:

A dupla implicação de que o fundamento do direito da responsabilidade civil, ou a justiça, é a justiça corretiva e não a justiça distributiva, justifica a afirmação de que, no que diz respeito ao direito da responsabilidade civil, a justiça corretiva tem prioridade sobre a justiça distributiva. (SHEINMAN, 2014, p. 358-359) (tradução nossa)⁹⁰.

De outro ponto lado, há interpretação diversa que implica a justiça distributiva em conexão direta com a responsabilidade civil e a justiça corretiva está como espécie da outra, “A justiça distributiva do direito de responsabilidade civil é uma justiça corretiva” SHEINMAN, 2014, p. 359) (tradução nossa)⁹¹, logo, pode-se concluir que: a justiça distributiva da responsabilidade civil é corretiva.

A explicação está, também, na compreensão de que as normas da justiça distributiva regulam alocação, já as normas da justiça corretiva regulam a alocação de bens de uma pessoa para a outra. Nessa distinção, temos que as normas principiológicas pertencem à categoria da justiça distributiva e, as normas dogmáticas pertencem a categoria corretiva.

⁹⁰ No original: “The twofold implication that tort law’s foundation, or justice, is corrective justice and not distributive justice warrants the claim that, when it comes to tort law, corrective justice enjoys priority over distributive justice

⁹¹ No original: “Tort law’s distributive justice is corrective justice”

2.5 A (o)posição entre o princípio da justiça distributiva e da justiça corretiva

Há distinção em Aristóteles (384-322 a.C.) entre justiça distributiva e corretiva? De início, é importante frisar que Aristóteles fornece conceitos para definições da justiça distributiva e corretiva. Assim propõe Aristóteles:

A lei obriga, portanto, a viver de acordo com cada excelência em particular e proíbe agir segundo cada forma particular de perversão. Quer dizer, os dispositivos legais produtores da excelência universal foram legislados com vista a uma educação que possibilite a vida em sociedade. Saber se a educação que torna cada indivíduo bom em sentido absoluto, resulta da perícia política ou de alguma outra ciência, ter-se-á de determinar depois. É que talvez não seja a mesma coisa ser um bom indivíduo e ser um bom cidadão, isto é, membro da sociedade. A justiça particular e o sentido do justo que lhe é conforme têm duas formas fundamentais. Uma tem o seu campo de aplicação nas distribuições da honra ou riqueza bem como de tudo quanto pode ser distribuído em partes pelos membros de uma comunidade (na verdade, é possível distribuir tudo isto em partes iguais ou desiguais por uns e por outros). [Esta justiça é distributiva]. A outra forma fundamental é a corretiva e aplica-se nas transações entre os indivíduos. Esta é, por sua vez, bipartida, conforme diga respeito a transações voluntárias ou involuntárias. Assim, voluntárias são transações como a venda, a compra, empréstimo a juro, a penhora, o aluguer, o depósito, a renda (chamam-se voluntárias porque o princípio que preside a tais transações é livre). De entre as transações involuntárias, umas são praticadas às escondidas, como o roubo, o adultério, o envenenamento, proxenetismo, a sedução de escravos, o assassinio, e o falso testemunho; outras são também violentas, como assalto, aprisionamento, assassinato, rapto, mutilação, linguagem abusiva, insulto. (ARISTÓTELES, 2017, p. 98)

A essa construção pode-se denominar de justiça aristotélica. O objeto do justo para Aristóteles está fundado no “bem” e sua definição, assim, “felicidade é objeto de aprendizagem ou habituação ou se pode ser, de algum modo, obtida por disciplina, ou, finalmente, se chega até nós por um destino divino ou por acaso” (ARISTÓTELES, 2017, p. 23). Tércio Sampaio sintetiza que em “todos os planos da realidade há, pois, uma identidade de fim, que é o bem” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 152), ou, como coloca Cláudio De Cicco, como “diz Aristóteles [...], [o homem] está naturalmente querendo

saber, o desejo de saber é próprio do homem, como voar é natural nas aves” (DE CICCIO, 2023, p. 10). De modo próximo, Rawls define que “o bem da pessoa é definido pelo que para ela é o projeto de vida mais racional, em circunstâncias razoavelmente favoráveis” (RAWLS, 2016a, p. 489-490).

Essa construção em Rawls também é significativa. Há em seus escritos, um intenso interesse em resgatar a ideia do bem, que ele denomina como bens primários. Mas por que Rawls define bem primário para longe da ideia de felicidade? A resposta mais racional que se pode encontrar na teoria de Rawls é porque a felicidade é de difícil constatação e com uma variabilidade intensa a depender da pessoa, posição social, estilo de vida etc. Mas, por que escolheu entender os bens primários como métrica de justiça distributiva? Rawls afirma, após intensa revisão de seus escritos que:

um aspecto do argumento de que as pessoas racionais em uma posição original, por trás de um véu de ignorância, optariam pela justiça como equidade, e não pelo utilitarismo, será o de que elas selecionariam os bens primários, em vez de felicidade, como a métrica relevante para a justiça social. (LOVETT, 2013, p. 62)

E, sua construção não permaneceu estática:

Primeiramente, devemos notar que a lista exata de bens primários varia um pouco nos escritos de Rawls. Na edição original de 1971 de Uma teoria da justiça, os bens primários são os que incluem “direitos e liberdades, oportunidades e poderes, renda e riqueza” (92); a edição revisada faz alterações: “direitos, liberdades e oportunidades, e renda e riqueza” (79 Rev.). Ambas as edições observam que um bem primário adicional, ainda não citado até este ponto, é “uma noção de valor próprio” ou respeito próprio (92; 79 Rev.). Esse bem é discutido mais adiante, no § 67 do capítulo 7, onde está claro que Rawls realmente se refere à base social do respeito próprio, com o pensamento de que a sociedade pode, afinal, apenas fornecer uma base para que respeitemos a nós mesmos: é preciso fazer o resto por conta própria. (LOVETT, 2013, p. 60)

A compreensão da visão de bem tem impacto na alocação dos bens. A alocação é função da justiça distributiva ou corretiva? De início:

O justo particular admite divisões: de um lado, é espécie do justo particular o justo distributivo (*díkaiōn dianemetikón*); de outro lado, é espécie do justo particular o justo corretivo (*díkaiōn diorthotikón*). A primeira acepção do justo particular, ou seja, o justo distributivo, relaciona-se com todo tipo de distribuição levada a efeito no Estado (*politeía*), seja de dinheiro, seja de honras, de cargos, ou quaisquer outros bens passíveis de serem participados aos governados. Em suma, refere-se às repartições. Pressupõe-se aqui um (ou vários) exercente(s) do poder de distribuir e outro(s) apto(s) a receber(em). A segunda acepção do justo particular, o justo corretivo, consiste no estabelecimento e aplicação de um juízo corretivo nas transações entre os indivíduos. Trata-se de uma justiça apta a produzir a reparação nas relações (*synallágmasi diorthotikón*). Em síntese, está a presidir a igualdade nas trocas e demais relações bilaterais. Esta, no entanto, diferentemente do que ocorre com o justo distributivo, está a abranger ainda duas outras categorias diferenciais de justiça. (BITTAR e ALMEIDA, 2022, p. 112)

Os bens primários - renda e riqueza - distribuídos, quando retirados do seu possuidor injustamente leva a uma aplicação da justiça corretiva.

Retomando Aristóteles, a justiça distributiva é como “igualdade geométrica” ou “igualdade de proporções”. Tal igualdade pressupõe a alocação de um ou mais bens entre pelo menos duas partes. Mas não há necessidade de mais de um bem ou duas partes (ARISTÓTELES, 2017, p. 100). Pressupõe também que cada parte merece uma certa quantidade de bens sob o prisma da justiça distributiva:

Que a proporção descontínua implica quatro termos é evidente, mas assim também acontece com a proporção contínua. Neste caso utiliza-se um termo como se fossem dois repetidos, como quando a linha A se relaciona com a linha B e a linha B se relaciona com a linha C. A linha B é, assim, nomeada duas vezes, de tal sorte que é contada duas vezes. A proporção terá, portanto, quatro termos. A justiça implica, também, no mínimo quatro termos, e a razão que existe entre cada par de termos é a mesma. Ela é repartida de modo semelhante por pessoas e coisas. Assim tal como no primeiro par de termos, A se comporta com B, desse modo também, no segundo par de termos, C comporta-se com D, e, por alternância, tal como A se relaciona com C, do mesmo modo, então, B relaciona-se com D. (ARISTÓTELES, 2017, p. 100)

Esta forma peculiar de apresentar pressupõe princípios de distribuição que determinam o mérito, mas não nos diz nada sobre seu conteúdo: “«Justo» neste sentido é então a proporção. «Injusto», enquanto a acepção oposta, é o que viola o princípio da proporção” (ARISTÓTELES, 2017, p. 100). Com essas premissas, somos levados a uma comparação: se sou tão virtuoso quanto você, devo estar tão bem quanto você. Esta é uma noção da justiça comparativa:

Kagan argumentou recentemente que o ponto de vista da ratio de Aristóteles é um princípio indefensável da justiça comparativa. Além disso, a própria ideia de justiça comparativa é controversa. É pelo menos discutível que não existam tais princípios, que a moralidade da distribuição se preocupe exclusivamente com o quanto merecemos e obtemos e nunca com o quanto merecemos ou obtemos em comparação uns com os outros. Note-se que nem sempre precisamos de invocar um princípio comparativo de justiça para chegar a conclusões comparativas. Dado o pressuposto plausível de que quanto mais merecedores somos, mais merecemos, devemos receber mais do que a mim se merecermos mais do que eles. Mas tanto o princípio determinante do mérito como o pressuposto são aplicáveis ao caso em que você é o único potencial beneficiário. (tradução nossa) (SHEINMAN, 2014, p. 362)⁹²

Por seu turno, Aristóteles apresenta a justiça corretiva como uma proporção aritmética. A interação se dá entre aquele que “subtrai” algum bem, por ação ou omissão, de uma parte e “adiciona” à outra. A proporção aritmética exige, então, tomar o bem relevante do último e devolvê-lo ao primeiro, restaurando assim o padrão de sua distribuição original (ARISTÓTELES, 2017, p. 101). Assim:

⁹² No original: “Kagan has recently argued that Aristotle’s ratio view is an indefensible principle of comparative justice. Moreover, the very idea of comparative justice is controversial. It is at least arguable that there are simply no such principles, that the morality of distribution is concerned exclusively with how much we merit and get and never with how much we merit or get as compared to one another. Notice that we do not always need to invoke a comparative principle of justice to reach comparative conclusions. Given the plausible assumption that the more meriting you are the more you merit, you should get more than me if you merit more than me. But both the meritdetermining principle and the assumption are applicable to the case in which you are the only potential recipient.”

O juiz subtrairá este excesso, acrescentando-o ao segmento menor. E quando o todo é dividido em duas partes iguais, as partes em conflito dizem ter o que é seu, quando obtêm uma parte igual. A igualdade é o meio entre a parte maior e a parte menor de acordo com a proporção aritmética. É por esta razão que também se chama justiça, porque se trata de uma divisão em dois, como se alguém dissesse o que é dividido em duas partes, e o juiz é o divisor em duas partes. Porque quando de duas grandezas iguais a uma é retirada uma parte para ser acrescentada a outra, esta última excede a primeira em duas partes. Contudo, se tivesse sido retirada uma parte à primeira, mas não tivesse sido acrescentada à segunda, esta última, então, excederia a primeira apenas nessa única parte. Esta é, portanto, maior do que o meio pela quantidade acrescentada e o meio será maior do que a parte reduzida, precisamente nessa quantidade. Deste modo, por conseguinte, saberemos o que é que se deve retirar à grandeza que tem a mais e o que é que se deve acrescentar à que tem a menos. Àquela grandeza que o meio ultrapassa, tendo-se tornado menor, deve ser acrescentado o que falta; à grandeza, porém, pela qual o meio é ultrapassado, tendo-se tornado maior, deve ser retirado o excesso. Sejam AA, BB e CC linhas iguais umas às outras; seja retirado o segmento AE à linha AA e seja acrescentado à linha CC o segmento CD, de tal sorte que toda a linha DC excede EA pelo segmento CD e CF. Ela tornou-se maior do que BB por CD. O mesmo se passa com as restantes perícias produtoras. Na verdade, deixariam de existir se o que o elemento produtor realiza na quantidade necessária e com boa qualidade não fosse recebido pelo elemento receptivo nas mesmas quantidade e qualidade. (ARISTÓTELES, 2017, p. 101)

Pela perspectiva aristotélica, a construção da justiça distributiva e corretiva se dá em categorias distintas:

Figura 5 - Categorias distintas



Fonte: SHEINMAN, 2014.

A justiça corretiva e/ou distributiva está em natureza categórica distintas e detém a visão de que um instituto não pode justificar sua existência com alguma combinação de princípios corretivos e distributivos. A implicação não é simplesmente que a justiça do direito civil não é idêntica à justiça distributiva ou corretiva. Ninguém pensa que a justiça corretiva esgota a justiça distributiva, e a alegação de que a função distinta da lei civil é a justiça distributiva como tal não soa verdadeira nem útil; claramente a preocupação com a justiça distributiva dificilmente pode separar o direito civil da maioria das outras áreas do direito (SHEINMAN, 2014, p. 371).

Uma consideração plausível para entender a teoria retributiva como o primeiro princípio da responsabilidade civil está em que: i) muitas teorias mitigam a responsabilidade do ofensor com teorias sólidas e aceitas no direito civil, como o art. 2050 do Código Civil Italiano. Tal dispositivo prevê que se o ofensor adotou todas as medidas necessárias para evitar a consumação do dano, a reparação será mitigada (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 648).

Ou ainda a teoria da culpa concorrente, em que quando mais de uma causa concorrer para o evento danoso, a indenização deverá ser repartida entre os que concorreram⁹³. Retomando o exemplo citado acima, imagine-se a seguinte hipótese: Um transeunte que ignora os avisos sonoros de um trem em aproximação e acaba por ser atingido: i) é necessário indenizar o dano, independente da culpa? Ou a culpa ainda é requisito da responsabilidade extracontratual? Quais interpretações/aplicações dos

⁹³Construção jurisprudencial: REsp 1172421 SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 08/08/2012, DJE 19/09/2012.
CULPA CONCORRENTE EM CASO DE ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM VIA FÉRREA - Tema Repetitivo: 518

princípios da moralidade, justiça distributiva e equidade são úteis na responsabilidade?

A indenização deve ser integral? Ou deve ser mitigada?

A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. No caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a **concorrência de causas**, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpra o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e (ii) **a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado**. STJ: **Tema Repetitivo 518**.

Com as constatações normativa e jurisprudencial, têm-se em conclusão de que a justiça retributiva não é a única aplicada/aplicável na responsabilidade civil. A conclusão pela realidade fático-jurídica está em que, erroneamente se tenta separar na responsabilidade civil a justiça corretiva da distributiva⁹⁴:

⁹⁴Posição distinta pode ser encontrada em Nozick, muito bem apresentada por John Gardner, e que por sua importância merece a transcrição: "Uma segunda interpretação errônea, talvez mais perniciosa, do contraste entre justiça correctiva e distributiva, diria que as normas de justiça correctiva são sensíveis ao passado (estabelecem bases de atribuição "retrospectivas"), ao passo que as normas de justiça distributiva olham para o futuro (estabelecem bases de atribuição "prospectivas"). O erro aqui foi decisivamente exposto por Robert Nozick. Nozick estabeleceu que, na sua interpretação mais familiar, a norma quotidiana "quem encontra fica" é uma norma de justiça distributiva, e não uma norma de justiça correctiva.²⁷ É verdade que é uma norma para dividir os bens segundo aquilo a que Nozick chamou linhas "históricas" em oposição a linhas de "resultados finais". Efectua uma divisão que é sensível ao passado, isto é, ao facto de pessoas diferentes terem encontrado bens diferentes. Mas, ainda assim, a norma responde à questão geométrica de saber se e porque é que as coisas devem ser distribuídas entre as pessoas, e não à questão aritmética de saber se e porque é que as coisas devem ser distribuídas de volta de uma pessoa para outra. Não poderíamos, nalgumas circunstâncias imagináveis, transformar o "quem encontra fica" numa norma de justiça correctiva? Não poderíamos imaginar um mundo em que, no que diz respeito aos bens que podem ser objeto de concorrência e atribuídos, não existam res nullius nem res derelictae? Tudo já é de alguém. Cada ato de encontrar é, portanto, um ato de tirar a outro. Nestas condições, o "achado não é roubado" não se tornaria uma norma (negativa) de justiça correctiva com o seguinte conteúdo: "quando as coisas são retiradas a outra pessoa através de um achado, a transação entre elas mantém-se e não deve ser revertida"? Não, não se tornaria. A norma proposta continuaria a não mencionar qualquer fundamento para a atribuição de algo de volta. Limitar-se-ia a negar que uma tomada de posse seja um motivo para tal. Qualquer pessoa que afirmasse "quem encontra fica" nestas condições não estaria a afirmar a existência de uma norma "negativa" de justiça correctiva, tal

como Hart não está a afirmar a existência de uma norma "negativa" de justiça retributiva. Tal coisa não existe. Tal pessoa estaria apenas a negar que existe qualquer justiça correctiva a ser feita no caso. As observações de Nozick são também de grande valor para expor uma terceira interpretação errada do contraste entre justiça distributiva e correctiva. Uma vez que as normas de justiça correctiva regulam atribuições bipartidas - atribuições de volta de apenas uma parte para apenas uma outra parte de cada vez - pode-se facilmente cair no erro de pensar que todas as normas que regulam atribuições bipartidas são normas de justiça correctiva. Weinrib segue este caminho e tem como companhia a reconstrução tomista de Aristóteles.²⁸ No entanto, mais uma vez, Nozick expôs o erro de forma decisiva. Para além de "finders keepers", a sua norma de justiça aplicável a *res nullius* e *res derelictae*, Nozick oferece uma outra norma de justiça aplicável a coisas que já foram encontradas. Grosso modo, a norma é "rendeiros perdedores". Uma segunda forma de as coisas serem atribuídas de forma justa, diz ele, é serem voluntariamente vendidas ou oferecidas por aqueles que as adquiriram de forma justa (quer ao abrigo da norma "quem encontra fica", quer ao abrigo da própria norma "quem perde entrega"). Tudo isto, salienta corretamente Nozick, pertence à teoria da justiça distributiva. É tudo uma questão de afetação *tout court*. "Rende os perdedores" nunca nos dá uma base para atribuir algo de volta. Pelo contrário: na medida em que regula as atribuições de volta, só nos dá um motivo para não atribuir de volta. E, como acabámos de ver, não existe tal coisa como uma norma negativa de justiça correctiva. No seu mundo, como Nozick salienta, as normas de justiça distributiva "quem encontra fica" e "quem entrega perde" só precisam de ser complementadas por uma norma de justiça correctiva quando alguém leva o que eu encontrei originalmente sem que eu o tenha entregue. Agora a questão é: tenho moralmente o direito de o reaver? A resposta do próprio Nozick foi um famoso "sim". Se encontrei algo que não pertencia a ninguém e depois alguém mo tirou ao encontrá-lo de novo, sem que eu o tenha entregue, tenho o direito de o reaver pelo facto de me ter sido tirado. "Finders keepers" e "surrenders losers" eram as principais normas de justiça distributiva de Nozick; "takers returners" era a sua principal norma de justiça correctiva. No entanto, tanto "perdedores que se rendem" como "devolvedores que tomam" regulam apenas afetações bipartidas. Isto é suficiente para mostrar que o que distingue uma norma de justiça correctiva não é o mero facto de regular atribuições bipartidas. Uma implicação interessante é que o direito da responsabilidade civil pode ter como único objetivo fazer justiça entre as partes num caso de responsabilidade civil sem se limitar a fazer justiça correctiva entre as partes. A justiça entre as partes pode também incluir um elemento de justiça distributiva (local). Esta não pode ser excluída devido ao carácter essencialmente bipartido do processo. Se é para ser excluída, tem de ser excluída por qualquer outro motivo. As importantes ideias de Nozick sobre a diferença entre normas de justiça correctiva e normas de justiça distributiva têm sido amplamente ignoradas. Provavelmente isto deve-se ao facto de a maioria das pessoas duvidar que as suas normas de justiça favoritas sejam sólidas, ou mesmo próximas de serem sólidas. Suspeitam, a meu ver com razão, que um mundo de "quem encontra fica", "quem entrega perde" e "quem recebe devolve" é um mundo repleto de injustiças hediondas. Mas esta suspeita é irrelevante para as lições que acabámos de aprender. É uma questão de saber se uma determinada norma de justiça é uma norma de justiça correctiva ou uma norma de justiça distributiva." (tradução nossa) GARDNER, John. What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice. **Law and Philosophy**, Oxford, v. 30, n. 1, p. 1-50, 2011, p. 14-17.

No original: "A second and perhaps more pernicious misinterpretation of the contrast between corrective and distributive justice would have it that norms of corrective justice are sensitive to the past (they set 'backward-looking' grounds of allocation) whereas norms of distributive justice look to the future (they set 'forward-looking' grounds of allocation). The mistake here was decisively exposed by Robert Nozick. Nozick established that, on its most familiar interpretation, the everyday norm 'finders keepers' is a norm of distributive justice, not a norm of corrective justice.²⁷ True, it is a norm for dividing up goods along what Nozick called 'historical' as opposed to 'end-result' lines. It effects a division that is sensitive to the past, viz. to the fact that different people found different goods. But still the norm answers the geometric question of whether and why things should be allocated among people full stop, not the arithmetic question of whether and why things should be allocated back from one person to another. Couldn't we, under some imaginable circumstances, turn 'finders keepers' into a norm of corrective justice? Couldn't we imagine a world in which, so far as competed-for and assignable goods are concerned, there are no *res nullius* and

A reflexão sugere que talvez a questão não seja a prioridade entre justiça corretiva e distributiva, mas entre justiça distributiva corretiva e não-corretiva. Por outras palavras, a definição contextual pertinente de justiça distributiva não é independente do conceito de justiça corretiva. A "justiça distributiva", neste contexto, designa simplesmente princípios não corretivos de distribuição (no sentido flexível comum). (tradução nossa) (SHEINMAN, 2014, p. 378)⁹⁵

no res derelictae? Everything is already someone's. Every act of finding is therefore an act of taking from another. Under these conditions wouldn't 'finders keepers' become a (negative) norm of corrective justice with the following content: 'when things are taken from someone else by finding, the transaction between them stands and is not to be reversed'? No it wouldn't. The proposed norm still wouldn't mention any ground for allocating anything back. It would merely deny that a taking is such a ground. Anyone who asserted 'finders keepers' under these conditions would not be asserting the existence of a 'negative' norm of corrective justice, any more than Hart is asserting the existence of a 'negative' norm of retributive justice. There is no such thing. Such a person would merely be denying that there is any corrective justice to be done in the case. Nozick's observations are also of great value in exposing a third misinterpretation of the contrast between distributive and corrective justice. Since norms of corrective justice regulate bipartite allocations – allocations back from just one party to just one other party at a time – one may easily slip into thinking that all norms that regulate bipartite allocations are norms of corrective justice. Weinrib goes down this road, and he has the Thomistic reconstruction of Aristotle for company.²⁸ Once again, however, Nozick has exposed the error decisively. As well as 'finders keepers', his norm of justice applicable to *res nullius* and *res derelictae*, Nozick offers a further norm of justice applicable to things that have already been found. Roughly, the norm is 'surrenderers losers'. A second way for things to be justly allocated, he says, is for them to be voluntarily sold or gifted by those who justly acquired them (whether under 'finders keepers' or under 'surrenderers losers' itself). All of this, Nozick rightly points out, belongs to the theory of distributive justice. It is all about allocation tout court. 'Surrenderers losers' never gives us a ground for allocating anything back. On the contrary: inasmuch as it regulates allocations back, it only ever gives us a ground for not allocating back. And there is, as we just saw, no such thing as a negative norm of corrective justice. In his world, as Nozick points out, the norms of distributive justice 'finders keepers' and 'surrenderers losers' only need to be supplemented by a norm of corrective justice when someone takes what I originally found without my having surrendered it. Now the question is: am I morally entitled to have it back? Nozick's own answer was famously 'yes'. If I found something that was nobody's, and then someone else took it from me by finding it again, without my having surrendered it, I am entitled to have it back on the ground that it was taken from me.²⁹ 'Finders keepers' and 'surrenderers losers' were Nozick's main norms of distributive justice; 'takers returners' was his main norm of corrective justice. Yet both 'surrenderers losers' and 'takers returners' regulate only bipartite allocations. This is enough to show that what distinguishes a norm of corrective justice is not the mere fact that it regulates bipartite allocations. An interesting implication is that tort law could have the sole end of doing justice between the parties to a tort case without being restricted to doing corrective justice between the parties. Justice between the parties might also include an element of (local) distributive justice. This cannot be ruled out by the essentially bipartite character of the case. If it is to be ruled out, it must be ruled out on some other basis. Nozick's important insights about the difference between norms of corrective justice and norms of distributive justice have been widely ignored. Probably this is because most people doubt whether his favoured norms of justice are sound, or even close to sound. They suspect, in my view rightly, that a 'finders keepers'/'surrenderers losers'/'takers returners' world is a world rife with heinous injustices. But this suspicion is irrelevant to the lessons we just learned. It is one question whether a certain norm of justice is a norm of corrective justice or a norm of distributive justice."

⁹⁵ No original: "The thought suggests that perhaps the issue is not priority as between corrective and distributive justice, but as between corrective and non-corrective distributive justice. Put another way, the pertinent contextual definition of distributive justice is not independent of the concept of corrective justice. "Distributive justice" in this context simply designates non-corrective principles of distribution (in the ordinary flexible sense)."

Uma agregação possível à definição acima, está em considerar a justiça distributiva primevo (primado) para a construção daquilo que será apresentado como justiça corretiva. Na justiça distributiva que se encontram os bens primários que são garantidos para a sociedade. Ou seja, pode-se até falar em justiça distributiva corretiva ou não corretiva, mas seu fundamento está no contrato social e no modo como os bens primários são alocados para a construção de uma sociedade mais equitativa.

Logo, as teorias de mitigação da reparação ou o próprio dever de reparação encontram seus fundamentos filosófico-dogmáticos na teoria da equidade, que estrutura os princípios da justiça que são anteriores à distribuição dos bens primários.

Levando em consideração a estrutura do contrato social da contemporaneidade (há de se ressaltar que é uma estrutura filosófica agregativa – passado e presente):

[...] a questão da atribuição não tem apenas em conta argumentos baseados na responsabilidade moral ou na justiça corretiva, mas também considerações de justiça distributiva e condições contextuais de recursos sensíveis que podem ter influência na atribuição da responsabilidade civil. (FABRA ZAMORA, 2015, p. 2581)⁹⁶

Mas, é necessário evidenciar que a atribuição da justiça distributiva nem sempre se encerra na reparação – já apontamos acima a mitigação - por si só: imagine-se uma pessoa pobre causando o dano a uma pessoa extremamente rica, deve-se estabelecer juízo de reparação com base nos preceitos do contratualismo (liberdade, autonomia contratual, propriedade, equidade e distributividade)? Da perspectiva puramente legal, a

⁹⁶ No original: “[...] la cuestión atributiva no sólo tiene en cuenta argumentos basados en la responsabilidad moral o la justicia correctiva, sino que consideraciones de justicia distributiva y condiciones sensibles del contexto de recursos que pueden tener influencia en atribución de la responsabilidad civil.”

resposta leva em consideração a extensão do dano e o dever de reparar, da perspectiva contratualista a extensão da responsabilidade pode/deve ser minorada sob as seguintes premissas: i) a liberdade sofrerá restrição indevida? a constrição causará supressão demasiada na autonomia? A propriedade – sentido amplo – será atingida colocando em posição desfavorável (analisar as extremidades)? é dever analisar a equidade entre as partes? e, por fim, a justiça distributiva é aplicável ao caso concreto? Essas premissas são considerações sustentariam uma adequação em caso um concreto. São, em última análise, premissas de equidade.

A reavaliação da responsabilidade extracontratual pode ser considerada uma construção de oposição ao dogmatismo e à análise econômica radical, a filosofia da responsabilidade civil pretende apresentar os problemas e pressupostos conceituais, morais e políticos que transcendem a instituição. Ou aspecto de importância para esse nível do debate está na centralidade da discussão no âmbito do judiciário, as decisões relevantes e complexas focam nas normas postas, com raízes que remontam a codificação do século IX e XX. Analisando o aspecto doutrinário, a doutrina dos tradicionais dogmáticos e teóricos da responsabilidade civil se encarrega de sistematizar as “teorias” contidas no Código (FABRA ZAMORA, 2015, p. 2592).

3 ALGUMAS CONCLUSÕES PARA UM DIREITO PRIVADO DE MATIZ CONTRATUALISTA RALWSIANA

A interpretação para o operador do direito é de caráter intrínseco à compreensão do direito como criação da vontade humana. A construção dos modelos interpretativos se desenvolveu em paralelo com estruturas voltadas para o Estado Liberal. O marco mais significativo é o *Code Civile* e suas amarras para a construção da resposta correta.

O modelo interpretativo da escola da exegese em seu momento crítico reverberou para um positivismo restritivo ao comando do texto da norma. O hiato provocado para esse modo de enxergar o direito, sem dúvida, fez florescer outras tantas teorias no campo da filosofia do direito, mas colocou em descrédito o Estado Liberal. Tanto assim, que apenas no século XX outra teoria liberal surge com força e potência para refundar o liberalismo e, como corolário, a ideia de constituição, direitos fundamentais e, por que não, a interpretação do direito.

A Teoria da Justiça de Rawls, apresenta respostas sólidas para a contemporaneidade de uma sociedade plural. Em seus escritos, o autor não titubeia em afirmar que sua teoria tem aplicabilidade voltada para uma justiça que tem como base a conformação das instituições sociais. No entanto, há de se ressaltar dos seus escritos que as instituições sociais reverberam o modelo de justiça para todos os âmbitos da vida em sociedade. Isso significa que a raiz da justiça como equidade é observável e palpável nas relações sociais.

Se um dos grandes percalços da interpretação no Estado Liberal estava no distanciamento entre o direito (deontologia) e a moral, na Teoria da Justiça – e demais

livros que compõem a compreensão desta – é possível resgatar para dentro do liberalismo uma espécie de deontologia moral rawlsiana.

Por óbvio que existe um ponto sensível nessa (re)aproximação: como operacionalizar? Qual raiz contratual buscar como fonte de base filosófico-teórico para tanto? Rawls trouxe uma complexa e integral teoria em momento de instabilidade social, por isso a visão contratualista rawlsiana se torna ponto fulcral da análise.

Quanto a primeira pergunta, objetivo crítico do trabalho, não se propõe aplicar por aplicar os princípios da justiça de Rawls. Já na década de 70 vários autores demonstraram a impossibilidade da interpretação do direito privado nesses moldes. Assim, cabe, em primeira, reconhecer a teoria de Rawls como de matiz constitucional, capaz de engendrar a organização do estado, o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais e, as estruturas de desigualdade como raiz para a ação estatal.

Assim, o trabalho apresentou o constitucionalismo contratualista de Rawls e sua penetração para o sistema normativo. Em segundo momento, em que pese os ataques recebidos por sua teoria, o trabalho do autor foi capaz de reconhecer a liberdade e igualdade como direito humano e fundamental e, ao mesmo tempo, reconciliar esses dois princípios com a igualdade material – que não se confunde com o marxismo ou o neomarxismo.

Por fim, com base no que foi estruturado e estudado ao longo da presente tese, passa-se as respostas das proposições realizadas na introdução:

a) Qual raiz contratual buscar como fonte de base filosófico-teórico para tanto?

O Estado Liberal surge como necessidade de uma sociedade que pretende enfrentar o anticlímax do poder ilimitado exercido pelo Estado, pode-se afirmar que o dualismo liberdade e limitação da autoridade estatal é fundamento do contratualismo liberal de diversos autores desde os clássicos Locke até o contemporâneo Rawls.

A influência desse modelo de estado reverberou em respostas sociais para afastar o ceticismo e a insegurança jurídica. A liberdade e legalidade como primados de uma mesma vertente reverberaram para a consolidação da compreensão social de que a codificação era o moderno caminho a se seguir.

O processo histórico de construção e arquitetura da codificação levou a aceitação de um positivismo em sentido estrito, de modo que a letra da lei representava a exata extensão e compreensão da fórmula final do Estado Liberal.

Interpretações procedimentais imperfeitas – em uma estrutura de positivismo estrito - fez surgir uma desconexão entre a lei e o preceito da justiça em decorrência da obediência ao direito posto. Kelsen, em belíssima construção científica-jurídica, apontou caminhos para a construção de elementos e conceitos essenciais para a compreensão da norma fundamental e sua superioridade para a validade e eficácia do sistema jurídico.

No entanto, ao reforçar e solidificar o direito e a moral em campos distintos, sem a preocupação sobre como o fim atingido poderia causar ou corroborar a injustiça no meio social, fez surgir e alimentar - antes e depois de Kelsen – situações sociais

insustentáveis. Nesse diapasão, a ordem jurídica positivista colapsa no segundo pós-guerra.

Rawls, nesse contexto, propõe na década de 70 um procedimentalismo capaz de afetar a construção de um novo ordenamento jurídico que apresentará a justiça como equidade centrada na pessoal moral, na sociedade bem-ordenada e na posição original, de tal sorte, que revitaliza-se a ética social e a teoria da justiça.

O positivismo sem sentido estrito visto na operacionalização do *Code Civile*, reverberado fortemente até o segundo pós-guerra se abrirá para um procedimentalismo deontológico que aproximará e reequilibrará a ordem jurídica com a justiça. Rawls (re)estabelece no âmbito do Estado Liberal o equilíbrio entre liberdade e igualdade, de modo a permitir a aplicabilidade de seu procedimentalismo deontológico ao movimento pós-positivista.

Eis a razão pela qual a teoria contratualista de Rawls deve ser admitida como base filosófica-teórica para um novo movimento de reavaliação do positivismo jurídico.

b) Deve-se admitir a justiça como equidade como aplicável ao direito privado?

O princípio kantiano encontrado na afirmação de que o correto é anterior ao bom foi revisitado por Rawls de modo inovador ao desvelar, na justiça como equidade, que primeiro há de definir o princípio moral para depois alinhar-se os caminhos de uma sociedade bem ordenada.

Uma sociedade bem ordenada requer um forte construtivismo de direitos e deveres corolários dos dois princípios da justiça. Rawls constrói uma teoria da justiça que

baliza a tradição das sociedades democráticas constitucionais modernas, de tal sorte, que questões sensíveis como pluralidade social, desigualdade e liberdade individual atingirão todas as instituições sociais construídas.

Essas construções em uma sociedade bem-ordenada é observada quando todos reconhecem a definição desse preceito moral e, as instituições sociais sabem quais são os princípios da justiça e como ocorrerá a aplicação.

Cabe às instituições sociais operacionalizar as estruturas fundamentais e garantir o *background* equitativo através de um forte instrumento constitucional, em um movimento constitucional que reforça a aproximação com a justiça como equidade. Assim, na perspectiva rawlsiana a liberdade está no centro do debate da construção histórica do constitucionalismo, em razão desse fato é possível apontar na obra do autor estadunidense que o procedimento político para a construção de uma democracia constitucional que busca abarcar, para além da norma constitucional de limitação da atuação do poder estatal, as liberdades políticas iguais e os valores equitativos, trarão reflexo por todo o ordenamento jurídico organizado.

O constitucionalismo proposto por Rawls contém elementos essenciais de estruturação do *background* com princípios fundamentais para a organização do Estado, do processo político e dos direitos e liberdades fundamentais. Nesse aspecto, é perceptível que toda a teoria é projetada para uma distinção entre a normal constitucional e a lei ordinária. De modo geral, na norma constitucional encontra-se o viés principiológico aplicável, que tem como origem o princípio moral definido na posição original. A norma ordinária floresce com os preceitos da técnica do procedimento político adotado e toda carga axiológica admitida pela sociedade bem-ordenada.

O modelo de constitucionalismo rawlsiano deve se classificar como contemporâneo, por corresponder a uma construção de um ordenamento jurídico constitucionalizado, com a especial característica de uma “constituição pervasiva”, que direcionará a ação política, jurídica e social.

Logo, como consequência as normas sociais de organização do *background* equitativo são distintas das normas de regulamentação das relações privadas – como em toda Constituição, mas todas se conectam em um mesmo centro: a justiça como equidade.

À construção crítica ao positivismo adotado na segunda metade do século XIX, o direito positivo adotado pela sociedade faz uma reaproximação com o direito requerido pela moral, movimento que se notabilizou como pós-positivismo. Tal visão repercute no Direito Privado por uma abertura valorativa das normas que regem as relações privadas. A constitucionalização do direito privado em Rawls se afirma pelos ajustes sociais que sua teoria propõe e admite, como é necessário em uma sociedade de pluralismo e muito consenso sobreposto.

A teoria rawlsiana se preocupa com o resultado dos ajustes sociais – com normas públicas e privadas – tanto quanto com o fim alcançado. Perceba-se que outras visões pós-positivistas – embora se conectem em algum aspecto com a proposta de Rawls – não estabelecem um procedimentalismo estruturado para se alcançar uma finalidade justa – a qual podemos denominar como procedimentalismo deontológico.

Assim como aceito por Perlingieri, o Direito Civil não deve ser construído como uma antítese ao direito público, mas se trata de um ramo da ciência jurídica que foi sistematizado para operacionalizar institutos de direito público. A estrutura básica de

Rawls nasce como modelo bem equilibrado da síntese entre as normas públicas – de organização e sustentação estatal – e as normas privadas que recolhe e evidencia a vida dos cidadãos como titulares de direitos privados.

c) É possível uma nova interpretação do direito privado com base na teoria contratualista de Rawls?

Admitida a aplicação do contratualismo de Rawls ao direito privado, resta definir como construir uma base interpretativa possível de um procedimentalismo deontológico e qual alcance dos princípios da justiça estabelecidos na posição original.

Uma compreensão que podemos extrair de Rawls é de que os interesses e conflitos das subunidades sociais podem gerar resultados extremamente prejudiciais, por tal razão, há de se perquirir uma moralidade de princípios para definir o direito posto. Essa metódica de pensar está presente tanto em Rawls quanto em Kant. Uma diferença entre os autores está no significado prático que a filosofia moral de Rawls propõe.

A vida cotidiana da pessoa humana se dá na base do exercício e oposição da titularidade daquilo que denominamos de direito civil. Como nota distintiva de Rawls, e objeto de busca dessa tese doutoral, há de se apresentar caminhos de aplicabilidade do procedimentalismo deontológico de Rawls para essas relações cotidianas. Tanto assim, que o contratualismo rawlsiano reverbera em uma confluência interpretativa que alcança o direito privado.

Como recorte de estudo, a nossa análise se deu com o direito contratual e com a responsabilidade civil.

O conflito social de origem civilista ocorre pela oposição da liberdade e todo, restou claro que o indivíduo envolvido no conflito não reconhece – pelo primado moral escolhido - os limites impostos pela igualdade. Em razão dessa implicação, surge a inquietude entre o direito posto e o não-direito da realidade social. A matriz social revigora, para além do reposicionamento da liberdade e igualdade, conceitos que gravitam o ser, como a autonomia da vontade e a liberdade de contratar (autonomia privada).

A autonomia da vontade e a liberdade de contratar que estão presentes no ordenamento jurídico – desde a Constituição Federal até legislações especiais, perpassando os Códigos [Civil e do Consumidor] como normas gerais – permitem que os indivíduos alcancem seus bens e façam os contratos desejados. É nesse ponto que o contratualismo rawlsiano sofre um forte ataque que merece ser afastado.

Interferir nesses preceitos decorrentes da liberdade para aplicar uma justiça por equidade pode se tornar uma interferência indevida na vontade das partes, este é um fato incontestável no modelo de Estado Liberal. Essa admissão é fortemente combatida por teóricos libertários, como Nozick.

Por outro lado, embora seja objeto de crítica, mas menos ácidas, muito se tem admito a aplicação da justiça distributiva no âmbito do direito público. Para o direito tributário esta perspectiva é ainda mais normalizada, sob o argumento que o Estado é capaz de identificar a melhor forma de aplicação da distribuição corretiva. Não se nega este fato que em outro momento já foi devendido, mas se evidencia que esta regra de visão interpretativa não é absoluta, porque o Estado é conduzido por indivíduos falíveis

que nem sempre aplicarão no direito tributário uma justiça distributiva que efetive a justiça como equidade.

Logo, a premissa de que a justiça distributiva apenas deve ser aplicável no direito público por depositar-se no Estado melhor clarividência nas decisões, não se sustenta.

E como enfrentar as outras injustiças decorrentes das relações privadas? Em primeiro, a inconformidade do indivíduo não deve ser considerada como premissa verdadeira de uma injustiça presente na relação contratual. Um instrumento possível de dimensionar a vantagem obtida na relação contratual é o princípio de Pareto, como forma de permitir que determinada pessoa – ou grupo – tenha a relação estabelecida melhorada, desde que este benefício – em algum grau - esteja presente para todas as partes envolvidas diretamente.

A denominada interpretação forte dessa possível intervenção na relação privada, do ponto de vista prático e menos intervencionista do Estado, tem vantagem a um método tributário distributivo que tem muitas etapas e alto custo administrativo.

Aqui se argumenta novamente contra o procedimentalismo do positivismo jurídico estrito, alcançar a finalidade do contrato não deve ser o fim da relação privada, as partes quando se permitirem devem reconhecer a igualdade na relação, e quando não a intervenção é possível sob a égide do preceito moral que deve permear as regras estabelecidas entre os entes privados.

Volvendo para a responsabilidade civil, já na década de 1930 – com destaque para a tese de Alvino Lima – se discute no Brasil a viragem para a construção de uma responsabilidade civil centrada na culpa, tão somente. Essa visão revela que a

responsabilidade civil está desde há muito em busca de uma base filosófica do direito capaz de responder com veemência aos anseios da sociedade.

Como apontado, embora a conclusão de Alvino Lima seja real e salutar para o seu tempo, a completude do raciocínio se dá em fundamentar a responsabilidade civil em um pós-positivismo de cariz equitativo que obtempera a justa reparação, como primado de um novo tempo do Estado Liberal.

Esse enfrentamento inicial foi realizado por George P. Fletcher, Richard Epstein e Gregory C. Keating em um momento em que outras teorias da justiça – com reflexos interpretativos – podiam desvirtuar o renascimento da filosofia política em Rawls. Esses autores enfrentaram o contraponto utilitarista proposto por Richard Posner, com sua *Análise Econômica do Direito*.

Quando se trata da responsabilidade civil objetiva busca-se estabelecer um critério para alterar o foco da culpa para a extensão do dano. O debate envolve a liberdade de escolha das partes e o critério de segurança que diminui a extensão da liberdade.

Na busca por uma razoabilidade para a tomada de decisão, em Rawls se observa a obrigação da sociedade em compartilhar os justos termos da cooperação social, logo, em se tratando de responsabilidade objetiva, tem-se que considerar o encargo sofrido pela vítima.

Rawls reconhece que a justiça como equidade deve ser aplicada todas as vezes que uma desproporção na relação estabelecida é constatada, e nesse condão, a extensão entre a vantagem e a desvantagem deve ser mensurada pela racionalidade, logo, para além da ação ou omissão, culpa e dano, deve-se incluir a racionalidade.

Sobre a racionalidade do contratualismo rawlsiano, como instrumento operativo da responsabilidade civil, é imprescindível a análise do impacto da ação conflituosa e a preparação para se operar em uma base de risco socialmente aceitável para a extensão do risco. De tal sorte, quanto mais a responsabilidade objetiva leva em consideração os argumentos de racionalidade maior será a precaução do ofensor e mais justamente se indenizará o ofendido.

Abre caminho para uma lógica moral – na justiça como equidade – para que a redistribuição dos custos e riscos acobertados pelo instituto da responsabilidade ainda tenha seu primado no princípio da liberdade.

Embora em alguns momentos da construção histórica da responsabilidade civil se olhasse para os elementos normativos identificáveis, o dever de reparação estará estabelecido, no movimento pós-positivista, em uma base equitativa-igualitária, libertária, econômica etc.

Como apontado, em uma base liberal-política a responsabilidade moral será a agregação: i) da visão clássica: liberdade, autonomia contratual, propriedade ii) com a contemporânea: equidade, distributividade, reciprocidade etc.

Logo, a responsabilidade civil (subjéctiva, objectiva, extracontratual e contratual) da contemporaneidade pode ser definida como instrumento de correção de um determinado injusto causado, em que se deve analisar os elementos a) do dano, b) da ação/omissão, c) da culpa, d) do nexo de causalidade e, e) da racionalidade; com o dever de avocar a justiça distributiva dos danos como dimensão.

Veja, esses enfrentamentos são possíveis com as reconstruções advindas da constitucionalização do direito privado em um modelo pós-positivista, a distinção aqui apresentada está na escolha da matriz contratualista rawlsiano.

c.1) Quais seriam as estruturas mínimas para a construção de uma interpretação adequada?

Ao se assumir que a responsabilidade civil de matriz rawlsiana é a agregação dos elementos clássicos e contemporâneos acima apontados, é necessário enfrentar o modelo referencial do dever de reparação como justiça corretiva aristotélica.

Revisitar a os aspectos do contratualismo e da responsabilidade civil exsurge, também, como uma modelo interpretativo de afastamento do silogismo de cariz positivista do Estado Liberal Clássico.

Como demonstrado, as normas de direito privado incorporaram, no último século, aspectos da moral, apresentando-nos a deontologia moral. Nesse ponto, Rawls constrói sua própria deontologia moral.

Para além da estrutura constitucional de Rawls, tem-se que seu contratualismo é aplicável ao direito privado – em especial no que tange ao direito contratual e responsabilidade civil – porque se reconhece, em primeiro lugar, que nem sempre as partes estão em iguais condições negociais ou de dano sofrido.

A estrutura interpretativa de aplicação do contratualismo rawlsiano, assim, da perspectiva contratualista a extensão da responsabilidade ou a revisão do contrato pode/deve ser examinada sob as seguintes premissas:

1. A liberdade sofrerá restrição indevida?
2. A constrição causará supressão demasiada na autonomia?
3. A propriedade – sentido amplo – será atingida colocando em posição desfavorável (analisar as extremidades)?
4. É dever analisar a equidade entre as partes?
5. E, por fim, a justiça distributiva é aplicável ao caso concreto?

A resposta positiva, desde que devidamente fundamentada em razões de fato e de direito, a qualquer dos elementos acima, afasta a justiça distributiva no modelo proposta por John Rawls. Como afirmado, retroceder a análise proposta acima à posição original faz vislumbrar se a questão está em conformidade com a justiça como equidade ou não, como equilíbrio reflexivo.

Isso significa, que as partes estão em posição mínima de igualdade (formal e material) suficiente para a construção de uma resposta adequada. O modelo é aberto o suficiente para ser utilizado no modelo de heterocomposição e autocomposição.

A aplicação de princípios de origem constitucional deve se dar de modo indireto, quando existe no ordenamento, em especial no direito privado *fattispecie* em consideração, e de modo direto quando inexistir essa. Fato que a teoria de uma aplicação de direito privado constitucional contratualista leva em consideração a preocupação necessária de não invasão ao exercício do poder por outras instituições, constitucionalmente instituídas, e da autonomia privada.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional.** Del Rey, 1ª ed., Belo Horizonte, 2006.

ARISTÓTELES. **A Política.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2010,

ARISTÓTELES. **Coleção Fora de Série - Ética a Nicômaco.** 2ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2017. *E-book*. ISBN 9788530977467. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977467/>. Acesso em: 21 mai. 2023.

ARRUDA, Alvim. THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**, 4ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. *E-book*. ISBN 978-85-309-5653-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/>. Acesso em: 26 jul. 2023.

BARBOSA, Evandro. **Deontologia imparcial contratualista: sobre a possibilidade de um procedimento autojustificado para a construção de princípios de justiça.** 2011. 132 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

BELLO, Eduardo. **Kant ante el espejo de la teoría de John Rawls.** Daimon Revista Internacional de Filosofía, n. 33, p. 103-118, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** São Paulo: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559772698. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772698/>. Acesso em: 21 mai. 2023.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Liberalismo e democracia.** 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Ciência Política.** 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil. Brasília: DOU, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 mar 2023.

BRASIL. Código Civil. Brasília: DOU, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.> Acesso em: 15 mar 2023.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: DOU, 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.> Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Brasília: DOU, 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília: DOU, 31.12.1964 Suplemento e retificado em 3.2.1965. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm.> Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Brasília: DOU, 16 de junho de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm.> Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992. Dispõe sobre a política nacional de salários. Brasília: DOU, 23 de dezembro de 1992. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8542compilado.htm> Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: DOU, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm.> Acesso em: 15 mar. 2023.

CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária**: Estado Social e Escolha Individual. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CEPEDA, Margarita. **Rawls: entre universalismo y contextualismo, o el liberalismo histórico como base de una teoría universal de justicia** in: BOTERO, Juan Jose. Con

Rawls y contra Rawls—una aproximación a la filosofía política contemporánea. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

“Code Civil.” n.d. Universidade de Lisboa. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2023.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: EDIPRO, 2019.

DE CICCIO, Claudio. **História do Direito e do Pensamento Jurídico**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

_____. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE LIMA FILHO, Acacio Vaz. **O positivismo e a República**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 99, p. 3-33, 2004.

DELUE, Steven M. Aristotle, Kant and Rawls on moral motivation in a just society. **American Political Science Review**, Cambridge, v. 74, n. 2, p. 385-393, 1980.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: significado e correntes**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>

_____. A relevância prática do positivismo jurídico. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 102, p. 215-254, 2011, p. 233.

DINIZ, Maria Helena. Proteção jurídica da existencialidade. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 8, n. 2, p. 181-191, ago. 2020.

DWORKIN, Ronald M. Levando os direitos a sério. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2007

_____. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____; CAMARGO, Jefferson Luiz; RIOS, Gildo. O império do direito. Martins Fontes, 1999

EPSTEIN, Richard A. A theory of strict liability. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 1, p. 151-204, 1973.

FABRA ZAMORA, Jorge Luis. Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate [Philosophy of Tort Law]. *In*: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; SPECTOR, Ezequiel (coord.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. v.3. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 2533- 2618.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, a. 27, v. 27, p. 49-60, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A Ciência do Direito**, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. *E-book*. ISBN 9788522491445. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522491445/>. Acesso em: 05 jul. 2023.

FILMER, Robert. **Patriarcha**; Or The Natural Power Of Kings. Indianapolis: Liberty Fund, 2011.

FLETCHER, George P. Fairness and utility in tort theory. **Harvard law review**, Cambridge, v. 85, n. 3, p. 537-573, 1972.

FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 54-75, 1985.

GAMBRA, Rafael. **Pequena História da Filosofia**. Lisboa: Planeta Editora, 1ª edição, 1998, p.198.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. 3ª ed. Madri: Civitas, 1995.

GARCIA, Maria. A desobediência civil como defesa da constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p. 11-28, jul./dez. 2003.

GARDNER, John. What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice. **Law and Philosophy**, Oxford, v. 30, n. 1, p. 1-50, 2011.

GATTO, Raquel Fortes. **A perspectiva contratualista na construção do consenso da sociedade na Internet**. 2016. 174 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 26 jul. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 17 mai. 2023.

GONZAGA, Alvaro de A. **O Erro de Kelsen**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530990770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990770/>. Acesso em: 26 jul. 2023.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Responsabilidade civil na engenharia genética**. Ed. Federal, 2006

GRAMSTRUP, Erik Frederico; CAMPOS, Estevão Schultz. **Apontamentos para o estudo da hermenêutica jurídica em Savigny, Hart, Dworkin e na hermenêutica constitucional**. In: Carlos Alberto Ferri; José Luiz Gavião de Almeida; Lélío Máximo Lellis. (Org.). *Direito, ética e cidadania: estudos em homenagem ao professor Jorge Luiz Almeida (v02)*. 1ed. Curitiba: CRV, 2021, v. 02, p. 197-216.

_____. **APONTAMENTOS PARA O ESTUDO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: VIEHWEG, PERELMAN e SICHES**. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 16, n. 3, 2023.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

HUNT JR, Bruce A. Locke on equality. **Political Research Quarterly**, Salt Lake City, v. 69, n. 3, p. 546-556, 2016.

KANT, Emanuel. **Fundamentação da metafísica dos Costumes. (Coleção textos filosóficos)**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2019. E-livro. ISBN 9789724422251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422251/>. Acesso em: 07 jul. 2023. Acesso em: 27 mai. 2023.

_____. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Trad. Valério Rohden e Antônio Marques. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008a.

_____. Coimbra: Grupo Almedina, 2008b.

_____. 5ª ed. Trad.: Manuela Pinto e. Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Doutrina do Direito**. Tradução Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: Ícone, 2013.

KEATING, Gregory C. Rawlsian fairness and regime choice in the law of accidents. **Fordham L. Rev.**, v. 72, p. 1857, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Martins Fontes, 2005.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>

KRONMAN, Anthony T. Contract law and distributive justice. **Yale LJ**, New Haven, v. 89, p. 472, 1979.

KUNTZ, Rolf. Locke, liberdade, igualdade e propriedade. *In*: QUIRINO, Célia Galvão; BRANDÃO, Gildo Marçal; VOUGA, Claudio (orgs.). **Clássicos do pensamento político**. 1ª ed. São Paulo: EDUSP, 1998, p. 91-119.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938.

LIMA, Marcelo Machado Costa. John Rawls e os princípios de justiça: algumas aproximações conceituais para o jurista contemporâneo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 75, p. 231-237, jan./mar. 2020.

LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2018. *E-book*. ISBN 9789724422343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422343/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça, de John Rawls**. Porto Alegre: Grupo A, 2013. *E-book*. ISBN 9788565848237. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565848237/>. Acesso em: 26 mai. 2023.

MACEDO, Ubiratan Borges. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARTINS-COSTA, J. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, n. 15, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.70391. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70391>. Acesso em: 19 jul. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" (As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788521635420. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521635420/>. Acesso em: 06 jul. 2023, p. 101.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto comunista. Boitempo Editorial, 2007, p. 40, 42 e 44.

MASCARO, Alysso L. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2023. *E-book*. ISBN 9786559774807. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774807/>. Acesso em: 27 mai. 2023.

MASSINI, Carlos I. Del positivismo analítico a la justicia procedimental: la propuesta aporética de John Rawls. *Persona y Derecho*, p. 161-210, 2000,

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo-antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações Editora Livraria e Distribuidora LTDA, 2016.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2016. *E-book*. ISBN 9789724422398. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422398/>. Acesso em: 18 mai. 2023.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Friburgo, Saraiva, 2011.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. **RAWLS, PROCEDIMENTALISMO E CONTRATUALISMO**. Disponível em: <<https://www.geocities.ws/nythamar/rawls1.html>>. Acesso em: 5 jul. 2023.

OLIVEIRA, Pablo Camarço de. **Teoria da Justiça de John Rawls: tensão entre procedimentalismo puro (universalismo) e procedimentalismo perfeito (contextualismo)**. Curitiba: Juruá, 2015.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553623255. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623255/>. Acesso em: 13 jun. 2023.

PENNA, J. V.; LIMA, G. S. A teoria da justiça de John Rawls e a Responsabilidade Civil. **Revista Acadêmica Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará**, Fortaleza, v. 12, n.2, p.363–377, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 17 mai. 2023.

PERLINGEIRO, Ricardo. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, v. 35, n. 138, p. 193-212, abr./jun. 1998.

PERLINGIERI, Pietro et al. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 3ª Ed, 1997.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de filosofia do direito. Brasília, 2012: Publicações da Advocacia Geral da União (AGU), pp. 261 – 263. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1620/1307>. Acesso em: 24 de março de 2020

RAWLS, John. “JUSTIÇA E DEMOCRACIA”. Martins Fontes, 1ª ed, São Paulo, 2000

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Kantian constructivism in moral theory**. The journal of philosophy, v. 77, n. 9, p. 515-572, 1980

_____. **Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

_____. **Uma teoria da justiça**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

REALE, Miguel. O contratualismo-posição de Rousseau e Kant. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 37, p. 118-150, 1942.

_____. Visão geral do projeto de Código Civil. **Revista dos tribunais**, v. 752, p. 22-30, 1998.

REIS, Flávio Azevedo. Debate Liberal Comunitarista: Sandel Contra Rawls. **Humanidades em diálogo**, v. 4, n. 2, p. 45-48, 2012.

RESP, S. T. J. **1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011**. DJe 01/02, 2012.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RODRIGUES JR, Otavio Luiz. Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646241. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646241/>. Acesso em: 19 jul. 2023.

RODRIGUES, Fernando. **A autonomia privada, o mercado e seu desequilíbrio**. Princípio da justiça contratual. (Coleção prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Editora Saraiva, 2011. E-book. ISBN 9788502145672. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502145672/>. Acesso em: 12 jan. 2023.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto B. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612086. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 12 jan. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANDEL, Michael J. **O Liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, Estevão Campos dos. **O Liberalismo de Jonh Rawls e a Constituição Federal do Brasil**: O princípio da distribuição de Rawls e o Federalismo Fiscal Tributário. São Paulo: FADISP, 2017.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 19 jul. 2023,

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: NBER Working Paper, 2003.

SHEINMAN, Hanoch. **Tort Law and Distributive Justice**. Oxford: Philosophical Foundations of the Law of Torts, 2014.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Lacunas no direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. De tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>

STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book*. ISBN 9788547215644. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215644/>. Acesso em: 19 jul. 2023.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Resistência violenta aos governos injustos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 50, p. 192-219, 1955. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66228>. Acesso em: 12 jun. 2023.

U.S. Senate: Constitution of the United States. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm#a5>>. Acesso em: 11 ago. 2023.

VAN CAENEGEM, Raoul C. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil, volume IV**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

WILLIAMS, Howard. **Liberty, equality, and independence: Core concepts in Kant's political philosophy. A companion to Kant**, p. 364, 2006.

ZIPURSKY, Benjamin C. Rawls in tort theory: Themes and counter-themes. **Fordham L. Rev.**, New York, v. 72, p. 1923-1940, 2003.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos**. 2. edição. Tradução de Maria Carvalho. Revisão de texto de José Soares de Almeida. Revisão científica de Henrique da Silva Seixas Meireles. Lisboa: Gradiva, 2005.