

DIREITO PRIVADO, DEMANDA DISTRIBUTIVA E SENSIBILIDADE AO PONTO DE VISTA PESSOAL¹

PRIVATE LAW, DISTRIBUTIVE DEMAND, AND SENSIBILITY TO THE PERSONAL STANDPOINT

Leandro Martins Zanitelli

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).
Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,
Belo Horizonte, Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5734-4996>.
E-mail: leandrozanitelli@gmail.com.

Resumo: O artigo trata da caracterização geral do direito privado no liberalismo igualitário. Argumenta-se, em primeiro lugar, que o liberalismo igualitário (LI) sujeita o direito privado (DP) a uma demanda distributiva cujos precisos contornos variam de acordo com a versão de LI defendida. Essa demanda distributiva é, contudo, *pro tanto*: ao invés de conformá-lo definitivamente, princípios de justiça distributiva só se aplicam ao DP à medida que, ao fazê-lo, não contrariem considerações mais relevantes. O artigo se volta, então, a uma dessas considerações. Afirma-se que uma das características do LI é a sensibilidade ao que Thomas Nagel designa como “ponto de vista pessoal”. Essa sensibilidade permite que a demanda distributiva não “desfigure” o DP, forçando-o a incorporar uma concepção de responsabilidade (“responsabilidade negativa”) característica do utilitarismo.

Palavras-chave: Direito privado. Liberalismo igualitário. Ponto de vista pessoal. Responsabilidade negativa.

Abstract: The article addresses the place of private law within egalitarian liberalism. It is argued, first of all, that egalitarian liberalism (EL) subjects private law (PL) to a distributive demand whose precise contours hinge upon the specific version of EL one endorses. Such distributive demand stands, however, *pro tanto*: instead of regulating PL exclusively, distributive principles hold in the realm of DP only to the extent they do not run against weightier considerations. The article turns, then, to one of those considerations. It states that EL is marked by a sensibility to what Thomas Nagel calls “personal standpoint”. Such sensibility may save private law from a disfiguration that could be brought about by its subjection to the distributive demand.

Keywords: Private law. Egalitarian liberalism. Personal standpoint. Negative responsibility.

Sumário: Introdução – **1** Liberalismo igualitário, direito privado e demanda distributiva – **2** Sensibilidade ao ponto de vista pessoal e responsabilidade – **3** Demanda distributiva e o risco de desfiguração do direito privado

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Introdução

Este artigo trata da caracterização geral do direito privado no liberalismo igualitário. Argumenta-se, em primeiro lugar, que o liberalismo igualitário (doravante, LI) sujeita o direito privado (doravante, DP) a uma demanda distributiva cujos precisos contornos variam de acordo com a versão de LI defendida (em especial, de acordo com o conteúdo do ou dos princípios de justiça distributiva que cada particular versão de LI defende). Essa demanda distributiva é, contudo, *pro tanto*: ao invés de conformá-lo definitivamente, princípios de justiça distributiva só se aplicam ao DP à medida que, ao fazê-lo, não contrariem considerações mais relevantes. O artigo se volta, então, a uma dessas considerações. Afirma-se que uma das características do LI é a sensibilidade ao que Thomas Nagel² designa como “ponto de vista pessoal”. Essa sensibilidade permite que a demanda distributiva não “desfigure” o DP, forçando-o a incorporar uma concepção de responsabilidade (“responsabilidade negativa”) característica do utilitarismo.

O artigo é organizado da seguinte maneira. A primeira seção trata da demanda distributiva aplicada ao DP pelo LI. Nela se argumenta, em suma, que não há razões *a priori* para que essa demanda seja rechaçada. Ao contrário, deve-se considerar como implicação *pro tanto* do LI (a ser afastada, portanto, apenas pela eventual incidência de considerações de maior peso) que o DP deva se conformar a algum (ou alguns) princípio de justiça distributiva. A segunda seção afirma que, para o LI, um fator de moderação da demanda distributiva é a sensibilidade ao ponto de vista pessoal. Essa sensibilidade, aduz-se, faz do LI um lugar pouco hospitaleiro a certa concepção de responsabilidade característica do utilitarismo – designada por Bernard Williams³ como “responsabilidade negativa”. A terceira seção esclarece por que é de recear que a demanda distributiva desfigure o DP ao fazê-lo incorporar a concepção de responsabilidade recém-referida. A consideração ao ponto de vista pessoal, no entanto, faz com que um DP liberal igualitário não seja, necessariamente, um DP muito diferente do que conhecemos.

1 Liberalismo igualitário, direito privado e demanda distributiva

Esta seção começa com uma caracterização sumária do LI, com especial atenção para as suas implicações distributivas. Com o intuito de mostrar que o

² NAGEL, Thomas. *Equality and partiality*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

³ WILLIAMS, Bernard. A critique of utilitarianism. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, B. *Utilitarianism: for and against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973. p. 77-150.

argumento apresentado a seguir sobre o DP se aplica a muitas diferentes versões do LI (ao invés de apenas a uma particular versão), essa caracterização será deliberadamente sóbria. Logo após, a seção trata das implicações distributivas do LI para o DP.

Como LI, entende-se aqui uma concepção de justiça política favorável à garantia de certas liberdades fundamentais e a uma distribuição equânime. Garantia das liberdades quer dizer que as liberdades em questão (não qualquer liberdade, mas apenas as liberdades fundamentais de um rol a ser definido) gozam de uma especial proteção. Restrições a uma liberdade fundamental somente são admitidas, consequentemente, em nome de alguma outra liberdade (também fundamental) em conflito com a primeira ou de alguma outra consideração particularmente relevante. *Trade-offs* entre liberdades fundamentais e outros valores (como uma distribuição mais equânime da riqueza) são, portanto, em geral, rejeitados.

Uma distribuição equânime, por sua vez, é uma distribuição segundo algum critério pelo qual se confira um peso especial (embora não necessariamente absoluto) às pessoas em desvantagem.⁴ Diferentes versões do LI podem requerer então (observados os limites que decorrem da garantia das liberdades) uma estrita igualdade (caso no qual o peso especial conferido às pessoas em desvantagem implica que essa desvantagem seja eliminada); que melhoras para as pessoas em vantagem só ocorram depois de esgotada a possibilidade de melhora para as pessoas em desvantagem; que melhoras para as pessoas em vantagem tenham menos peso do que melhoras para as pessoas em desvantagem; que às pessoas em desvantagem seja assegurado certo mínimo.

Vale salientar alguns pontos sobre os quais a definição encontrada acima é ecumênica em relação a divisões internas do LI contemporâneo (o que condiz com a intenção de apresentar abaixo um argumento sobre o lugar do DP no LI em geral, e não em uma particular versão dele). Primeiro, não se fez acima qualquer referência precisa à métrica da distribuição, que pode ser a riqueza, o bem-estar, as capacidades ou outro bem (ou alguma métrica composta). Segundo, não se determinou qual é o papel, se algum, das escolhas individuais em uma distribuição equânime (seja para a distribuição em si mesma, seja para apurar quem são as pessoas em desvantagem). Terceiro, o LI foi apresentado como uma concepção de justiça política, sem que se tenha dito se o “político” em questão é limitado ao Estado (caso no qual o LI será também uma concepção de justiça doméstica) ou se, ao contrário, o sentido de comunidade política em jogo é mais amplo (o que, no limite, pode abranger todos os seres humanos, seres humanos e animais sencientes etc.).

⁴ A desvantagem em questão é apurada pela métrica relevante para fins de distribuição. Assim, se é da distribuição da riqueza que se trata, as pessoas em desvantagem serão as que têm menos riqueza, e assim por diante.

Passemos a tratar agora do sentido com o qual se pode dizer que o LI sujeita o direito privado a uma demanda distributiva. Com isso se afirma, simplesmente, que o LI se caracteriza por certos princípios de justiça distributiva (princípios sobre a distribuição de liberdades e de outro ou outros bens que o LI quer distribuídos equanimemente) e que o DP está entre as instituições que devem atender a esses princípios. Convém distinguir duas versões, uma “forte” e uma “fraca”, dessa afirmação. Segundo a versão forte, o DP se sujeita à demanda distributiva porque o LI faz com que seus princípios distributivos sejam aplicáveis ao DP com prioridade absoluta. Em consequência, de acordo com essa versão forte, outras considerações (inclusive considerações não distributivas) só teriam lugar no DP à medida que não contrariassem os princípios de justiça distributiva do LI. Para uma versão fraca, em contrapartida, princípios distributivos só se aplicam ao DP *pro tanto* ou *prima facie*. Esses princípios devem ser atendidos pelo DP, portanto, apenas à medida que outras considerações mais relevantes a tanto não se contraponham.

A versão forte da tese da demanda distributiva é pouco defensável. Vamos nos limitar a verificar, portanto, se há alguma razão para rejeitar a tese em sua versão mais palatável, a versão fraca. Uma objeção, a esse respeito, é que, embora o LI sujeite, de fato, o direito a uma demanda distributiva, essa demanda recai tão somente sobre o direito público. Enunciada assim de maneira crua, no entanto, a objeção é pouco convincente. Não é plausível que a separação do direito em áreas seja relevante para a justiça a ponto de fazer com que princípios aplicáveis a uma área sejam completamente ignorados em outra (tal como teríamos de afirmar, caso quiséssemos negar a tese da demanda distributiva em sua versão fraca). Logo, para ficar mais atraente, a objeção em questão tem de ser refeita para incluir alguma peculiaridade do DP que justifique um tratamento diferenciado para essa área do direito à luz da justiça.

Uma objeção mais sofisticada reza que a demanda distributiva é voltada ao Estado, e que uma diferença de tratamento entre o direito público e o DP se justifica, portanto, porque é somente o primeiro que se ocupa com relações jurídicas das quais o Estado é parte. Como, em contrapartida, o DP tem como objeto relações entre particulares, sujeitar o DP à demanda distributiva equivaleria a sujeitar a essa demanda os particulares cujas relações o DP regula.

Em resposta, considere-se o seguinte. Primeiro, não é pacífico que a demanda distributiva do LI se limite ao Estado ou, para o que importa aqui, que essa demanda não se estenda aos indivíduos.⁵ Segundo, mesmo que a justiça distributiva não governe ações individuais, a objeção falha por ignorar o fato de que o

⁵ A aplicação de princípios de justiça distributiva às ações individuais é o tema central da crítica de G. A. Cohen à teoria da justiça de Rawls. V. COHEN, G. A. *Rescuing justice and equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Outro crítico é MURPHY, Liam B. *Institutions and the demands of justice*. *Philosophy & Public Affairs*, v. 27, n. 4, p. 251-291, 1998.

DP também é, em parte, ao menos, estatal.⁶ É diferente afirmar que legisladores (ou legisladores e juízes) devam atender à demanda distributiva ao decidir sobre o conteúdo do DP e que os particulares devam atender a essa mesma demanda em suas ações individuais. À falta de um argumento em contrário, não há nada a objetar à ideia de uma decisão legislativa sobre o conteúdo do DP totalmente conformada por um princípio de justiça distributiva *p*, decisão essa da qual decorra um poder (por exemplo, o poder de celebrar certo contrato) em cujo exercício os particulares estejam moralmente livres para decidir independentemente de *p*.⁷

Por último, consideremos uma versão da objeção baseada na ideia de John Rawls⁸ sobre a “divisão institucional do trabalho” (*institutional division of labor*). Essa é uma divisão entre, de um lado, “rules that govern the transactions and agreements between individuals and associations” e, de outro, as instituições que asseguram a justiça das condições sociais (ou a “justiça de fundo”, *background justice*) sob as quais as transações e acordos individuais têm lugar. Essa divisão do trabalho se justifica, segundo Rawls, porque, por si sós, as regras diretamente aplicáveis a indivíduos e associações não são suficientes para legitimar os resultados das trocas individuais (em outras palavras, não são suficientes para que esses resultados não contrariem a demanda distributiva, tal como ela é concebida pelo LI rawlsiano). Essa insuficiência se deve, por sua vez, ao fato de as regras aplicáveis a acordos individuais não poderem ser muito complicadas ou impor custos muito altos (de informação ou transação) aos agentes aos quais se aplicam. “The rules applying to agreements are, after all, practical and public directives, and not mathematical functions which may be as complicated as one can imagine”.⁹

Ainda que Rawls esteja certo quanto às características que as regras a que se sujeitam os indivíduos devem ter (simplicidade e baixo custo de aplicação), é difícil retirar daí um argumento para que o DP fique completamente alheio à demanda distributiva, pois não há, em princípio, incompatibilidade entre essa demanda e os imperativos de simplicidade e baixo custo. Para afirmar tal incompatibilidade, teríamos que demonstrar que o DP se sujeita a limites formais que o determinam completamente, sem que haja espaço, portanto, para atender a prescrições materiais como as da demanda distributiva. Essa ideia, no entanto, ao menos se nos limitarmos às características formais a que Rawls alude, é absurda. Certamente

⁶ Em parte, ao menos, porque podemos tratar como parte do DP o conteúdo dos acordos feitos por particulares, bem como regras costumeiras.

⁷ Que *p* não tenha de ser admitido como princípio regulador da ação individual nas circunstâncias acima é, contudo, problemático para versões do LI, como a de Rawls, nas quais as instituições de uma sociedade justa se conformam a uma concepção pública de justiça e as motivações dos cidadãos não são estranhas à justiça. V. ZANITELLI, Leandro Martins. *Direito privado, justiça distributiva e ações individuais*. Inédito, em arquivo com o autor.

⁸ RAWLS, John. *Political liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1996. p. 267-269.

⁹ RAWLS, John. *Political liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1996. p. 267-268.

é possível satisfazer aos requisitos de simplicidade e baixo custo de várias maneiras, isto é, atribuindo ao DP diferentes conteúdos. Se a justiça distributiva não for indiferente a esses conteúdos – e não parece haver razão para presumir que o seja – então será perfeitamente possível à demanda distributiva conformar o conteúdo do direito privado (isto é, fazer preferir certo conteúdo a outro) sem infringir os requisitos de simplicidade e baixo custo.¹⁰

As objeções consideradas até aqui não logram, pois, refutar a tese da demanda distributiva em sua versão fraca. Que o DP esteja sujeito à demanda distributiva não implica, todavia, que o seu conteúdo seja inteiramente conformado por princípios distributivos (como teríamos de concluir se endossássemos a versão forte da tese). As seções seguintes vão apresentar um argumento em favor da moderação da demanda distributiva sobre o DP. Antes, no entanto, convém fazer uma ressalva importante ao que foi afirmado nesta seção. É importante que a tese da demanda distributiva seja entendida como uma tese sobre a conformação do DP em circunstâncias ideais. Não se trata, portanto, de uma tese sobre o conteúdo do DP em determinado tempo e lugar (por exemplo, sobre o conteúdo atual do DP brasileiro). Tampouco se considera aqui o quanto a conformação atual de um sistema jurídico limita a teorização a seu respeito – isto é, se, e em que medida, uma teoria sobre certo sistema jurídico, ainda que imbuída de pretensões normativas, tem que se mostrar adequada ao material teorizado.¹¹ É possível, portanto, que a tese da demanda distributiva não seja válida para nenhum sistema jurídico existente ou que só seja válida para os sistemas em relação aos quais atribuir ao DP um objetivo distributivo não esteja em demasiada discrepância com as práticas atuais – essa questão é posta de lado aqui.¹² A tese da demanda distributiva é, em suma, uma tese sobre um DP de uma sociedade ideal, liberal e igualitária.¹³

¹⁰ Para uma análise mais detida do argumento da divisão institucional do trabalho como argumento para que o direito privado fique imune à demanda distributiva, v. ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado e justiça: o argumento da divisão institucional do trabalho. *Philosophos*, v. 24, n. 2, p. 73-96, 2019. Os limites formais que Rawls têm em vista podem ser suficientes para concluir que as regras diretamente aplicáveis a indivíduos não são capazes, por si sós, de atender à demanda distributiva, mas é falso inferir, como se argumentou acima, que esses limites condenem o DP à indiferença quanto à distribuição. Também é importante ressaltar que talvez seja possível satisfazer a demanda distributiva apenas com o direito público (a depender, é claro, do conteúdo dessa demanda). Mas ainda que isso seja possível, um argumento adicional seria necessário para concluir que o DP deva ignorar a justiça distributiva, isto é, para concluir que o direito público é preferível ao privado como meio de distribuição. Para um argumento assim, v. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 2, p. 667-681, 1994.

¹¹ Sobre esse tema, v. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986; COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹² Tampouco o artigo dá conta da crítica de que objetivos distributivos contrariam uma racionalidade imanente ao DP. Para uma crítica com esse teor, v. WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

¹³ O que, por óbvio, não implica tratar o LI como uma concepção de justiça política válida para toda e qualquer sociedade, independentemente das circunstâncias.

2 Sensibilidade ao ponto de vista pessoal e responsabilidade

O fato de o LI sujeitá-lo à demanda distributiva não implica que o DP seja inteiramente conformado para atender a essa demanda. Razões internas ao LI (bem como externas) podem moderar a demanda distributiva. Nesta seção, veremos como o LI se opõe a certa concepção de responsabilidade individual, bem como o que essa oposição implica em relação às instituições e à moral individual.

No utilitarismo, a responsabilidade individual é concebida, segundo Bernard Williams,¹⁴ como responsabilidade negativa (RN):

It is because consequentialism attaches value ultimately to states of affairs, and its concern is with what states of affairs the world contains, that it essentially involves the notion of negative responsibility: that if I am ever responsible for anything, then I must be just as much responsible for things that I allow or fail to prevent, as I am for things that I myself, in the more everyday restricted sense, bring about.

É importante entender por que essa concepção de responsabilidade não é necessariamente compartilhada pelo LI. Para tanto, deve-se considerar que o LI se caracteriza pela tentativa de acomodar o que Thomas Nagel¹⁵ designa como a “base ética da teoria política”, a concomitância em cada indivíduo de dois pontos de vista (*standpoints*), o ponto de vista impessoal, ou ponto de vista da coletividade, do qual advém “a powerful demand for universal impartiality and equality”, e o ponto de vista pessoal, que dá vazão a “individualistic motives and requirements”.

O problema da RN é que ela parece fazer jus tão somente ao primeiro desses pontos de vista. A consideração para com o ponto de vista pessoal implica que, em alguma medida, cada um de nós possa perseguir seus projetos independentemente dos custos de nossas escolhas para os projetos dos outros. A tendência, no entanto, é que a RN se contraponha a essa implicação. Para entender porque, lembre-se de que, para a RN, é indiferente se os custos da minha atividade são apenas os custos das minhas ações sobre outros ou se, ao contrário, incluem também os benefícios (ou custos de oportunidade) que outros teriam auferido se, ao invés de feito o que fiz, eu tivesse seguido algum curso de ação alternativo.

Uma concepção de responsabilidade que faça jus ao ponto de vista pessoal deve negar responsabilidade por atos que um agente não teria praticado caso se conduzisse apenas de acordo com o ponto de vista impessoal. Em outras

¹⁴ WILLIAMS, Bernard. A critique of utilitarianism. In: SMART, J. J. C.; WILLIAMS, B. *Utilitarianism: for and against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973. p. 95.

¹⁵ NAGEL, Thomas. *Equality and partiality*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 3-4.

palavras, haverá casos em que o agente *não* se conduzirá de maneira imparcial e, a despeito disso, não será responsável. Imaginemos que esses casos sejam definidos em função da magnitude do impacto negativo sobre projetos alheios.¹⁶ Não é difícil perceber por que, *ceteris paribus*, a RN é menos sensível ao ponto de vista pessoal do que outras concepções de responsabilidade. Pois suponhamos que a responsabilidade seja exclusivamente uma função do custo, e que os agentes sejam responsáveis se o custo que causam a outros for igual ou maior do que *c*. Se a concepção de responsabilidade em questão for negativa, não bastará verificar se certa ação praticada por um agente A causa a outros um custo *c*; será preciso verificar também o quanto cursos de ação alternativos beneficiariam outras pessoas e se, portanto, ao preterí-los, o curso de ação seguido por A não tem custos de oportunidade superiores a *c*.

Sobre a afirmação de que a tentativa de acomodar os pontos de vista impessoal e pessoal é uma característica do LI – e de que há, portanto, entre LI e RN, uma tensão –, convém esclarecer o que a referida tentativa *não* envolve. Assim, considere-se que *não* é característico do LI dar conta da dualidade de pontos de vista mediante uma “divisão do trabalho” pela qual as instituições sociais se encarreguem de atender às demandas do ponto de vista impessoal, permitindo, assim, que os cidadãos sigam unicamente as razões do outro ponto de vista. Essa é uma ideia muito pouco atraente, quanto mais não seja porque instituições só ganham vida mediante ações individuais, e possivelmente nenhum desenho institucional, por engenhoso que seja, conseguiria satisfazer o ponto de vista impessoal se os oficiais incumbidos de o aplicar (e os indivíduos que devem obedecê-lo) ignorassem completamente esse ponto de vista.

Tampouco é essencial ao LI – embora isto já seja mais controverso – uma ideia mais sofisticada de divisão do trabalho segundo a qual as demandas do ponto de vista impessoal seriam plenamente atendidas pelas instituições e pelas ações individuais (de oficiais e outros cidadãos) que essas instituições prescrevem. A ideia, neste caso, é de instituições imparciais que se realizam pelas ações de indivíduos cujo ponto de vista impessoal se expressa na (e somente na) obediência ao que as instituições comandam. Segundo, ainda, essa proposta, os indivíduos dariam vazão ao ponto de vista pessoal no “espaço livre”, isto é, naquilo em que seu comportamento não é cerceado pelas instituições.¹⁷

¹⁶ É plausível que as situações de irresponsabilidade também sejam uma função do benefício para o agente, mas o argumento acima depende apenas de que a imputação de responsabilidade seja uma função dos custos para outros.

¹⁷ É essa ideia de divisão do trabalho que Nagel designa como “divisão moral do trabalho” (*moral division of labor*) e que é defendida por TAN, Kok-Chor. Justice and personal pursuits. *Journal of Philosophy*, v. 101, n. 1, p. 331-362, 2004. Para uma crítica, v. COHEN, G. A. *Rescuing justice and equality*.

No sentido por último referido, a divisão do trabalho não é defendida por Rawls, a despeito de, para ele, as instituições (ou a “estrutura básica da sociedade”) constituírem o objeto primário da justiça.¹⁸ A ênfase rawlsiana sobre as instituições motivou a conhecida crítica de Cohen¹⁹ à suposta compatibilidade entre o princípio da diferença e o egoísmo dos cidadãos talentosos.²⁰ Diferentemente de corroborar o egoísmo, contudo, é plausível interpretar o primado das instituições em Rawls como um sinal do que Samuel Scheffler²¹ chama de “modéstia metodológica”: trata-se, no caso, tão somente de reconhecer que os princípios válidos para instituições não são os mesmos que se aplicam aos indivíduos. Daí não decorre, entretanto, uma compatibilidade entre justiça e egoísmo desenfreado, nem em circunstâncias ideais, em que as instituições são justas, nem, muito menos, em circunstâncias não ideais.²²

Ao invés de uma divisão do trabalho nos moldes descritos, o que parece essencial ao LI é uma geral sensibilidade ao ponto de vista pessoal. Essa sensibilidade dá lugar, no plano individual, ao que Cohen²³ chama de “prerrogativa pessoal”, um espaço de ação livre das demandas da justiça.²⁴ Mas, e este é o ponto que mais nos interessa aqui, a sensibilidade ao ponto de vista pessoal também se faz valer no plano institucional.²⁵ Instituições indiferentes ao ponto

Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 8-10. O próprio Nagel (*Equality and partiality*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 61) manifesta dúvida quanto ao sucesso da ideia: “to design institutions which serve an ideal of egalitarian impartiality without demanding a too extensive impartiality of the individuals who occupy instrumental roles in those institutions is the great unsolved problem of egalitarian political theory, social democracy, and the anti-authoritarian left in general”.

¹⁸ RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. Cambridge: Belknap Press, 1999. p. 6.

¹⁹ COHEN, G. A. *Rescuing justice and equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

²⁰ O princípio da diferença requer que diferenças de riqueza e renda sejam para o maior benefício possível dos cidadãos em pior situação. V. RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Belknap Press, 2001. p. 42-43. G. A. Cohen (*Rescuing justice and equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2008) afirma que esse princípio é contrariado quando um cidadão talentoso impõe uma vantagem desigual como condição para usar seu talento de maneira que beneficie os cidadãos em pior situação.

²¹ SCHEFFLER, Samuel. Is the basic structure basic? In: SYPNOWICH, C. (Org.). *The egalitarian conscience: essays in honor of G. A. Cohen*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 103.

²² Tampouco é plausível, como diz Liam B. Murphy (Institutions and the demands of justice. *Philosophy & Public Affairs*, v. 27, n. 4, p. 251-291, 1998. p. 279-282), que as demandas da justiça sobre os indivíduos em circunstâncias não ideais sejam endereçadas exclusivamente a uma mudança das instituições, pelo simples fato de que, em certos casos, cidadãos poderão fazer muito mais (e a menor custo) pela causa da justiça mediante ações diretas do que pela via da reforma institucional.

²³ COHEN, G. A. *Rescuing justice and equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 10.

²⁴ Essa prerrogativa, no entanto, pode ser mais ampla do que Cohen parece conceder. V., a respeito, ESTLUND, David. Liberalism, equality, and fraternity in Cohen’s critique of Rawls. *Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 1, p. 99-112, 1998.

²⁵ Cf. COHEN, G. A. *Rescuing justice and equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2008: “the state, too, must have regard, in its legislation, to the personal prerogative of the individual. It should not, should it happen to have the power to do so, legislate so invasively and so comprehensively that the individual lacks scope for the exercise of what belongs within his own prerogative”; NAGEL, Thomas. *Equality and partiality*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 188: “Even though the morality of politics is rightly

de vista pessoal podem se mostrar quase tão restritivas aos motivos individuais quanto uma moral individual, como a utilitarista, em que esses mesmos motivos sejam ignorados.²⁶

O contraste entre o LI e o utilitarismo é, portanto, o contraste entre uma concepção de justiça (o LI) sensível ao ponto de vista pessoal no que requer tanto das instituições quanto dos indivíduos e uma concepção (o utilitarismo) na qual instituições e ações individuais são reguladas exclusivamente por um objetivo impessoal (no caso do utilitarismo, a maximização da utilidade). É também essa diferença que faz com que a RN, uma concepção de responsabilidade “natural” ao utilitarismo, não tenha de ser compartilhada por liberais igualitários.

Expõe-se, assim, um limite à demanda distributiva que, conforme vimos anteriormente, o LI impõe ao direito privado. Se instituições liberal-igualitárias se caracterizam pela sensibilidade ao ponto de vista pessoal, é plausível que o DP não possa ser inteiramente conformado pela demanda distributiva, isto é, que também o DP (juntamente com outras instituições) tenha que demonstrar essa sensibilidade. Na seção seguinte, veremos o que isso implica.

Antes, porém, é preciso responder a uma objeção contra a tese de que a sensibilidade ao ponto de vista pessoal constitui um limite à demanda distributiva. Segundo essa objeção, seria possível dispensar a devida consideração ao ponto de vista pessoal e, ao mesmo tempo, atender plenamente à demanda distributiva.

Um exemplo de como se podem conciliar ponto de vista pessoal e demanda distributiva é dado por Michael Otsuka.²⁷ Otsuka argumenta que a prerrogativa pessoal a que se referem Cohen e outros autores não justifica a desigualdade, entendida como violação a um princípio de igual oportunidade para o bem-estar. Que a prerrogativa pessoal não seja uma justificativa para a desigualdade não implica, é bom ressaltar, que essa prerrogativa deva ser negada. O que Otsuka²⁸ alega é que, uma vez que o exercício da prerrogativa pessoal contrarie a igualdade de oportunidade para o bem-estar, não há razão para que a desvantagem causada por esse exercício (em termos de oportunidade para o bem-estar) não seja eliminada mediante uma redistribuição de recursos em favor dos indivíduos em desvantagem. Por exemplo, entre os indivíduos A, B e C, suponhamos que a prerrogativa pessoal implique que A e B possam se associar um ao outro e não com C, e que,

more impersonal than the morality of private life, the acknowledgment of personal values and autonomy is essential even at the level that requires the greatest impersonality”.

²⁶ Quase tão restritivas, porque há um limite para o que as instituições são capazes de fazer em relação às motivações individuais.

²⁷ OTSUKA, Michael. Prerogatives to depart from equality. *Royal Institute of Philosophy Supplements*, v. 58, p. 95-112, 2006.

²⁸ OTSUKA, Michael. Prerogatives to depart from equality. *Royal Institute of Philosophy Supplements*, v. 58, p. 95-112, 2006. p. 104

ao fazê-lo, A e B fiquem em vantagem sobre C em termos de oportunidade para o bem-estar. Não há razão, diz Otsuka, para que a desvantagem de C não seja compensada por uma redistribuição de recursos de A e B em favor de C.

Uma primeira ressalva à alegada compatibilidade da demanda distributiva com o ponto de vista pessoal é que ela é uma função do conteúdo dessa demanda. No caso de Otsuka, a compatibilidade em questão é facilitada pelo conteúdo do princípio distributivo aplicado. É só o fato de a oportunidade para o bem-estar propiciada pela associação entre A e B e os recursos redistribuídos a C que permite que A e B se associem (em um exercício de suas prerrogativas pessoais) e, ao mesmo tempo, a igualdade seja mantida mediante a redistribuição em favor de C. Otsuka poderia responder que qualquer princípio distributivo plausível permitirá tais *trade-offs*, mas essa é uma afirmação que precisaria ser defendida.

Segundo, mesmo que Otsuka esteja certo e que não haja incompatibilidade entre prerrogativa pessoal e demanda distributiva, é, não obstante, importante que a referida prerrogativa seja reconhecida, porque esse reconhecimento impõe limites à maneira como a demanda distributiva pode ser atendida e, nesse sentido, mantém-se como um fator de moderação dessa última. Se a prerrogativa pessoal implica que A e B possam se associar um ao outro e não a C, decorre daí que a prerrogativa pessoal, embora não impeça a transferência forçada de uma parte dos recursos de A e B para C, é um óbice à associação forçada de A e B a C. É claro que, para Otsuka, a associação forçada não é uma implicação necessária da demanda distributiva, de modo que, ao rejeitar a associação forçada, a prerrogativa pessoal não impede que a demanda distributiva seja plenamente realizada. Ainda assim, a prerrogativa pessoal condicionaria a realização da demanda distributiva ao uso de outros meios (que não a associação forçada) e, ao fazê-lo, constituiria, ao menos em certo sentido, um fator de moderação dessa demanda.

3 Demanda distributiva e o risco de desfiguração do direito privado

Na seção anterior, argumentou-se que a sensibilidade ao ponto de vista pessoal é, ao mesmo tempo, característica do LI e um fator de moderação da demanda distributiva. Afirmou-se, também, haver uma tensão entre a referida sensibilidade e a concepção de responsabilidade (RN) do utilitarismo.

Nesta seção, voltaremos à demanda distributiva que, de acordo com o argumento apresentado na primeira seção, o LI impõe ao direito privado. A questão a enfrentar agora é se essa demanda corre o risco de “desfigurar” o DP. Esse risco

é descrito por Samuel Scheffler ao tratar das implicações para o DP do que chama de “distributivismo forte”:²⁹

First, when people enter into contractual arrangements, they engage in an activity that overlaps with and stands in a complex (and contested) relation to other forms of commitment and agreement-making, such as promising, which themselves implicate important values and norms. To insist, in a strong distributivist spirit, that the content of contract law was fully determined by the difference principle, or by any similar principle, might place these values and norms in jeopardy. It might risk displacing them in favour of the one overarching requirement that contractual agreements must serve distributive ends. Second, many of the values that apply to specific interactions between individuals have a distinctively relational character. They focus on the nexus linking the individuals in question. Such values are implicated when, for example, we speak of what one person owes to another, or of the first person as having wronged the second, or of the second as having a complaint against the first. Much of the private law as traditionally conceived has a similarly relational or ‘bipolar’ character. But the difference principle does not. It is concerned with the overall distribution of primary goods, rather than with bilateral relations between particular individuals. So any strong distributivist requirement that the content of contract law should be entirely determined by the difference principle might threaten these bilateral values, in much the same way that the broadly utilitarian approach associated with law and economics has sometimes been accused of doing.³⁰

Pouco ou nada se dirá abaixo sobre os “valores bilaterais” do DP e sua aparente incompatibilidade com a demanda distributiva, o que requereria, antes de

²⁹ Samuel Scheffler (Distributive justice, the basic structure and the place of private law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015) discorre sobre as implicações para o DP da concepção rawlsiana de justiça. Ele distingue, a esse respeito, um distributivismo fraco, que sujeita o DP ao princípio da diferença e aos princípios que lhe são lexicalmente superiores, o princípio das liberdades e o princípio da equitativa igualdade de oportunidades. Quanto ao princípio da diferença, o distributivismo fraco requer apenas que o DP não piore a situação dos cidadãos em desvantagem (*id.*, p. 222). O distributivismo forte, em contrapartida, requer que o DP seja conformado exclusivamente para atender ao princípio da diferença, isto é, da maneira mais benéfica possível aos cidadãos em desvantagem (*id.*, p. 222). Embora crítico do distributivismo forte, Scheffler admite que a versão fraca é pouco promissora, porque é inadmissível aplicar o princípio da diferença ao DP apenas como um princípio de proibição a uma piora na situação dos cidadãos em desvantagem (já que a escolha do estado de coisas à base da qual essa piora teria de ser aferida é arbitrária) e porque os limites impostos ao DP pelos outros princípios são pouco relevantes (*id.*, p. 224-225).

³⁰ SCHEFFLER Samuel. Distributive justice, the basic structure and the place of private law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015. p. 223-224.

tudo, argumentar em favor desses valores e sobre a maneira como eles limitam a realização da demanda distributiva. O objetivo será, ao invés disso, demonstrar, em primeiro lugar, que o DP contém características que o separam da RN; segundo, que a demanda distributiva pode implicar que o DP seja valorado apenas pelas suas consequências; terceiro, que, à medida que a sensibilidade ao ponto de vista pessoal se oponha a esse consequencialismo e à RN (seu corolário), ela é um fator de moderação da demanda distributiva que permite evitar que o DP seja desfigurado, isto é, substancialmente alterado nas características que o separam da RN. Assim, ao resguardá-lo contra a desfiguração que poderia advir do consequencialismo, a sensibilidade ao ponto de vista pessoal pode fazer com que um DP liberal igualitário se mantenha fiel (em alguma medida, ao menos) aos valores bilaterais a que Scheffler se refere.³¹

Comecemos com a relação entre o DP, tal como tradicionalmente conformado, e a RN. O objetivo aqui é argumentar que o DP é uma área do direito cujas características são difíceis, senão impossíveis, de conciliar com a RN. Em outras palavras, à medida que o DP tenha por base uma concepção de responsabilidade, essa é uma concepção que se diferencia da RN.

Para corroborar essa afirmação, consideremos os casos dos contratos e da responsabilidade civil. Em relação aos primeiros, é plausível que o DP nos trate como responsáveis perante outras pessoas. Essa responsabilidade, contudo, não é imputada, ou não é imputada da mesma maneira, pelas nossas ações e omissões ou pelo que fazemos e pelo que apenas deixamos que aconteça. Ao contrário, respondemos, no âmbito contratual, por ações pelas quais voluntariamente nos obrigamos com alguém. É verdade que, ocasionalmente, uma omissão pode dar causa a uma obrigação contratual, se essa omissão for voluntária (em especiais circunstâncias nas quais o silêncio baste para que um contrato se tenha como celebrado) ou, como acontece hoje em dia em muitos sistemas jurídicos, se for suficiente para induzir na contraparte certa expectativa. Em geral, no entanto, à base de obrigações contratuais estão ações que praticamos, e não meras abstenções, a tal ponto que afirmar a equivalência entre ações e omissões na órbita contratual soa como afirmar a irrelevância do contrato.³²

³¹ O que não exclui, contudo, que haja razões independentes, compatíveis com o LI, para que o DP se mantenha fiel a esses valores.

³² Aqui caberia objetar que, segundo a doutrina voluntarista, a fonte da obrigação contratual é a vontade, e a vontade é, em tese, ao menos, igualmente manifestável mediante ações e omissões. É difícil, porém, encontrar quem defenda um voluntarismo puro, para o qual a vontade seja, em si mesma, isto é, independentemente da manifestação, uma condição necessária e suficiente da obrigação contratual.

Tampouco na responsabilidade civil se pode encontrar incorporada uma concepção de responsabilidade como a RN. Quase sempre, respondemos juridicamente sob a condição (entre outras) de nossas ações terem causado dano a alguém. Excepcionalmente, é verdade, um agente pode estar em posição da qual lhe advenha responsabilidade jurídica pela mera abstenção, como no caso de um salva-vidas. De um modo geral, contudo, a responsabilidade civil está longe de equiparar os danos causados pelo que fazemos e os que deixamos que aconteçam.

Essas características centrais dos direitos contratual e da responsabilidade civil são, de fato, ameaçadas pela demanda distributiva. Para tanto, basta que essa demanda se baseie em um princípio de justiça distributiva para o qual, a exemplo do princípio utilitarista, só sejam relevantes estados de coisas. Como o princípio da diferença de Rawls parece ser um princípio assim,³³ consideremos, a fim de ilustrar o presente ponto, o caso desse princípio.

O princípio da diferença requer que as instituições sociais sejam conformadas de tal maneira que diferenças de riqueza e renda, entre outros bens primários, sejam para a maior vantagem possível dos cidadãos em pior situação. Entre diferentes arranjos institucionais, portanto, o princípio da diferença requer aquele sob o qual a vantagem dos cidadãos em pior situação seja maximizada.³⁴

Pois bem, a depender de outros fatores, nada impede que um sistema jurídico maximizador da vantagem dos cidadãos em pior situação *deixe* de possuir as características recém-mencionadas. Esse pode ser um sistema jurídico, portanto, no qual a responsabilidade pela recusa em cooperar com alguém seja uma exclusiva função da situação das partes e, portanto, nada tenha a ver com a assunção voluntária de obrigação mediante promessa ou outro ato comissivo – um sistema jurídico, em outras palavras, no qual nossa responsabilidade jurídica estaria atrelada eminentemente às necessidades alheias. Em relação à responsabilidade civil, similarmente, a maximização da vantagem dos cidadãos em pior situação poderia, em tese, impor um tratamento a par para os danos que causamos a outrem com o que fazemos e para os danos que tão somente deixamos que aconteçam.

Convém, a esta altura, reapresentar o argumento sobre a relação entre RN e ponto de vista pessoal. Uma implicação desse ponto de vista é, como afirmado

³³ Cf. POGGE, Thomas. Three problems with contractarian-consequentialist ways of assessing social institutions. *Social Philosophy and Policy*, v. 12, n. 2, p. 241-266, 1995.

³⁴ Deve-se acrescentar que o princípio da diferença é um princípio dinâmico, e não estático (para essa distinção, v. PERRY, Stephen. On the relationship between corrective and distributive justice. In: HORDER, J. (Org.). *Oxford essays on jurisprudence*. Oxford University Press, 2000. p. 237-263). Assim, ele requer apenas que a vantagem dos cidadãos em pior situação seja maximizada no longo prazo. Medidas com impacto negativo imediato sobre esses cidadãos são admitidas, portanto, caso se mostrem benéficas no longo prazo.

acima, que nossas ações não sejam pautadas apenas por objetivos impessoais como a igualdade ou a maximização da utilidade. Dar vazão ao ponto de vista pessoal consiste em admitir que, em alguma medida, esses objetivos sejam sacrificados em favor de empreendimentos individuais. Dada certa medida de sacrifício, contudo, os resultados serão completamente diferentes se nos limitarmos a considerar o impacto negativo sobre outros do que fazemos ou se, ao contrário, esse impacto incluir os resultados de nossas ações *mais* as vantagens que poderíamos ter propiciado a outros, caso tivéssemos agido de maneira diferente.

Nada do que se afirmou até aqui implica que o DP deva rejeitar a RN e, portanto, conservar características como as que foram descritas acima em relação aos contratos e à responsabilidade civil. Endossar a RN e ao mesmo tempo tentar acomodar o ponto de vista pessoal implicaria, contudo, algo que, segundo certas intuições, pareceria excessivo ou no rigor (isto é, um sacrifício demasiado do ponto de vista pessoal) ou na falta dele (um sacrifício demasiado do ponto de vista impessoal). Pois imagine um DP informado pela RN e para o qual, portanto, não haja uma diferença de peso entre o dano que causamos ao descumprir uma obrigação contratual e o dano que causamos ao não contratar com alguém, ou entre o dano que causamos com a nossa atividade e o dano que causamos quando nos abstermos de socorrer alguém. Uma concepção generosa sobre o ponto de vista pessoal implicaria uma insuficiente proteção à parte vítima de inadimplemento no primeiro caso e uma excessiva leniência para com atividades danosas no segundo. Em contrapartida, uma redução na medida tolerada de sacrifício aos interesses alheios (isto é, uma redução do “espaço” do ponto de vista pessoal) teria como consequência uma redução considerável da importância do contrato como ato voluntário (devido ao reconhecimento de substanciais deveres de contratar) e um robusto dever de assistência na responsabilidade civil.

Um defensor da RN poderia insistir que, se essas seriam as implicações de incorporar a RN ao DP e, ao mesmo tempo, fazer jus ao ponto de vista pessoal, tanto pior para nossas intuições sobre como o DP deve ser. Essas intuições parecem ser, afinal, resultado de uma concepção de responsabilidade que diferencia ações e omissões e que, portanto, aos olhos do crítico em questão, é equivocada. Não é possível responder a essa objeção sem enfrentar a questão de fundo sobre a melhor concepção de responsabilidade, o que não há espaço para fazer aqui. Tudo o que se pode dizer, por ora, é que um DP sujeito irrestritamente à demanda distributiva não se coaduna com a tentativa de acomodar o ponto de vista pessoal. Diferentemente, portanto, de um DP sujeito irrestritamente a essa demanda e para o qual, a depender do princípio de distribuição em jogo, somente estados de coisas podem ser relevantes, um DP liberal igualitário não precisa dispensar

igual tratamento às nossas ações e omissões e não é, nesse sentido, um DP necessariamente desfigurado.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado, demanda distributiva e sensibilidade ao ponto de vista pessoal. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 30, p. 17-32, out./dez. 2021. DOI: 10.33242/rbdc.2021.04.002.

Recebido em: 20.03.2021

Aprovado em: 08.06.2021