

Organizadores:
Fabio Queiroz Pereira
Leandro Martins Zanitelli
Henry Colombi

FILOSOFIA DO DIREITO PRIVADO

ENSAIOS SOBRE A JUSTIFICAÇÃO NOS CONTRATOS
A PARTIR DA OBRA DE PETER BENSON

A presente obra é resultado da disciplina “Filosofia do Direito Contratual”, ofertada no primeiro semestre letivo de 2021 junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPG-D/UFMG). Na oportunidade, as análises e os debates foram conduzidos a partir da leitura do livro “Justice in Transactions”, do jurista canadense Peter Benson.

Benson apresenta uma teoria do contrato com fundamentos diversos das visões dominantes encontradas na Common Law, quais sejam aquelas embasadas no discurso econômico ou na moralidade promissória. O autor sustenta uma concepção normativa de contrato, atenta à necessidade de estabilidade do sistema e à concretização da justiça corretiva. O instituto é então compreendido como uma transferência de propriedade (ownership) e, nesta proposta, reside a sua base pública de justificação.

Os artigos ora apresentados refletem as atividades de investigação dos discentes participantes da disciplina e revelam caráter transversal e interdisciplinar. São produções científicas que se vinculam diretamente ao projeto de pesquisa “Direito Civil na Interdisciplinaridade”, desenvolvido no âmbito da linha de pesquisa “História, Poder e Liberdade” do PPGD/UFMG. Por meio de aportes teórico-filosóficos, busca-se repensar contornos da dogmática de direito civil, notadamente daqueles conexos ao fenômeno contratual.

Em razão do caráter recente da obra “Justice in Transactions” de Peter Benson e do intenso debate já gerado no âmbito internacional, espera-se, por meio da presente coletânea de artigos, introduzir no contexto brasileiro importantes debates e propiciar a construção de futuros diálogos e reflexões no campo do direito contratual, reforçando e construindo novas redes de pesquisa.

Fabio Queiroz Pereira, Leandro Martins Zanitelli e Henry Colombi

ISBN 978-65-89904-51-9



9 786589 904519 >

 CAPES

 EXPERT
EDITORA DIGITAL

UFMG

UNIVERSIDADE FEDERAL
DE MINAS GERAIS

FILOSOFIA DO DIREITO PRIVADO

ENSAIOS SOBRE A JUSTIFICAÇÃO NOS CONTRATOS
A PARTIR DA OBRA DE PETER BENSON



Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PEREIRA, Fábio Queiroz, ZANITELLI, Leandro Martins, COLOMBI, Henry (ORG.)

Título: Filosofia do Direito Privado - Ensaios sobre a justificação nos contratos a partir da obra de Peter Benson - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.

Organizadores: Fábio Queiroz Pereira, Leandro Martins Zanitelli, Henry Colombi

ISBN: 978-65-89904-51-9

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Contratos 3.Direito civil 4.Peter Benson; I. I. Título.

CDD: 342.1

Este livro foi selecionado para publicação pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG com recursos do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



APRESENTAÇÃO

A presente obra é resultado da disciplina “Filosofia do Direito Contratual”, ofertada no primeiro semestre letivo de 2021 junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFGM). Na oportunidade, as análises e os debates foram conduzidos a partir da leitura do livro “*Justice in Transactions*”, do jurista canadense Peter Benson.

Benson apresenta uma teoria do contrato com fundamentos diversos das visões dominantes encontradas na *Common Law*, quais sejam aquelas embasadas no discurso econômico ou na moralidade promissória. O autor sustenta uma concepção normativa de contrato, atenta à necessidade de estabilidade do sistema e à concretização da justiça corretiva. O instituto é então compreendido como uma transferência de propriedade (*ownership*) e, nesta proposta, reside a sua base pública de justificação.

Os artigos ora apresentados refletem as atividades de investigação dos discentes participantes da disciplina e revelam caráter transversal e interdisciplinar. São produções científicas que se vinculam diretamente ao projeto de pesquisa “Direito Civil na Interdisciplinaridade”, desenvolvido no âmbito da linha de pesquisa “História, Poder e Liberdade” do PPGD/UFGM. Por meio de aportes teórico-filosóficos, busca-se repensar contornos da dogmática de direito civil, notadamente daqueles conexos ao fenômeno contratual.

Em razão do caráter recente da obra “*Justice in Transactions*” de Peter Benson e do intenso debate já gerado no âmbito internacional, espera-se, por meio da presente coletânea de artigos, introduzir no contexto brasileiro importantes debates e propiciar a construção de futuros diálogos e reflexões no campo do direito contratual, reforçando e construindo novas redes de pesquisa.

Fabio Queiroz Pereira
Leandro Martins Zanitelli
Henry Colombi

CONTEÚDO

A TEORIA CONTRATUAL DE PETER BENSON E O PROBLEMA DA ESTABILIDADE

Rangel Mendes Francisco

Introdução	12
1. Justificação pública e a base moral para uma teoria do contrato como transferência.....	13
1.1. A base pública de justificação	14
1.2. A base moral para o contrato e a concepção jurídica de pessoa	17
2. O problema da estabilidade na teoria contratual de Peter Benson	20
2.1. Estabilidade e os domínios da promessa gratuita, do mercado e da justiça distributiva.....	21
3. Do problema da estabilidade na filosofia política de John Rawls à teoria contratual de Peter Benson	24
Considerações Finais	27
Referências	29

A PESSOA EM PETER BENSON

Pedro Silveira Campos Soares

Introdução	30
1. Plano abstrato: os dois poderes morais.....	32
1.1 Primeiro poder moral: independência pura	35
1.2 Segundo poder moral: racionalidade e reconhecimento	38

2. Plano concreto: um terceiro poder moral?	41
2.1 Sistema de carecimentos hegeliano	43
2.2. Justiça distributiva e terceiro poder moral	46
Conclusão	48
Referências	50

PROPRIEDADE COMO REPRESENTAÇÃO EM PETER BENSON

André Maciel Silva Ferreira

Introdução	52
1. Os diferentes sentidos de ownership	54
1.1 Ownership como propriedade	54
1.2 Propriedade como representação	56
2. Diferentes pontos de análise da propriedade representacional.....	59
2.1 Propriedade como valor de uso e valor de troca.....	59
2.2 Significado jurídico da tradição	62
2.3 Valor no momento da quebra	64
3. As diferentes percepções de Benson.....	67
Conclusão	72
Referências	74

A TEORIA DE PETER BENSON E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS DE SERVIÇOS

Fernanda Marinho Antunes de Carvalho

Introdução	75
1. O contrato como transferência de propriedade	76

1.1 “Ownership” e “Property” na perspectiva de Peter Benson	79
2. A transferência para Benson: breves apontamentos sobre a doutrina da consideração.....	83
3. O papel da performance no contrato	88
Conclusão	92
Referências	94

**PETER BENSON E AS DUAS FORMAS DA IMPLICATION
NAS JURISDIÇÕES DO COMMON LAW**

Pedro Victor Silva de Andrade

Introdução	95
1. A regra-padrão e a alternativa proposta pela teoria transacional	97
2. Os critérios operacionais da teoria transacional e a prática jurídica a respeito	106
3. Intenção presumida, necessidade transacional e as duas formas da <i>implication</i>	111
Considerações finais	116
Referências	119

CONTRATOS DE ADESÃO NA TEORIA DE PETER BENSON

Henrique Rabelo Quirino

Introdução	120
1. Para além da moralidade promissória e da eficiência econômica	121
2. A ideia de contrato como transferência de “titularidade”	125
3. Contratos de forma-padrão na <i>common law</i> e justiça contratual	128
Considerações finais	140

Referências	142
-------------------	-----

**PETER BENSON E OS REMÉDIOS PARA O
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL: O PROBLEMA DA
TUTELA ESPECÍFICA DOS SERVIÇOS PESSOAIS**

Daniel de Pádua Andrade

Introdução	143
1. A fundamentação transaccional dos remédios para o inadimplemento	145
2. A rejeição da tutela específica dos serviços pessoais no <i>Common Law</i>	147
3. O dilema apresentado pelos serviços pessoais e a resposta de Benson	150
4. A insuficiência da noção de núcleo inalienável de autodeterminação	153
Conclusão	155
Referências	157

**PETER BENSON E A PERSPECTIVA COMPENSATÓRIA
DA DEVOUÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO
NO ÂMBITO CONTRATUAL**

Henry Colombi

Introdução	158
1. As (amplas) considerações sobre a devolução do lucro da intervenção no âmbito contratual na obra pretérita de Peter Benson e sua (breve) abordagem na obra <i>Justice in Transactions</i> : uma mudança de posição acerca das prestações contratuais infungíveis?	162
2. A adequação da devolução do lucro da intervenção como remédio ao inadimplemento no caso das prestações contratuais infungíveis: uma proposta interpretativa à luz da	

obra <i>Justice in Transactions</i>	172
Conclusão	175
Referências	178

A TEORIA CONTRATUAL DE PETER BENSON E O PROBLEMA DA ESTABILIDADE

Rangel Mendes Francisco

INTRODUÇÃO

Em *Justice in Transactions – a theory of Contract Law* (2019)¹, Peter Benson defende sua concepção de contrato como transferência de propriedade. Em breve síntese, o autor argumenta que, por meio dessa concepção, tem-se a transferência de direitos de propriedade de uma parte para outra, de modo que tenha sido acordado prévia e bilateralmente. Trata-se de um meio típico de aquisição transacional que independe da execução daquilo que se acordou, consumando-se meramente com o consentimento. Ao anunciar o projeto que visa a defender, Benson afirma que pretende apresentar uma concepção que possa ser explicada “em seus próprios termos e em uma base que seja moralmente aceitável do ponto de vista da justiça”, o que possibilitaria, na esteira de John Rawls, apresentar uma “base pública de justificação” para o direito contratual.²

Com isso, ele entende que é necessário, primeiro, detalhar os mais relevantes princípios e doutrinas contratuais, argumentando que o contrato como transferência reflete uma concepção que emerge inteiramente de uma análise interna de tais e não com base em alguma visão externa econômica, moral ou política; em segundo lugar, leve-se a análise a um nível mais abstrato, defendendo que tal teoria é juridicamente coerente e moralmente aceitável mesmo como parte de um sistema mais amplo de justiça.³

O presente artigo se concentra neste segundo passo, e, especificamente, naquilo a que o capítulo 12 da obra supracitada se

1 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge, MA: Belknap Press, 2019.

2 Ibid., p. ix.

3 Ibid., p. xi.

destina a enfrentar, que é o problema da estabilidade. Segundo o autor, para que sua concepção de contrato seja de fato coerente em seus próprios termos, e para que possa servir como uma base pública de justificação, é necessário que as pessoas possam endossá-la como sendo justa e congruente com suas concepções individuais de bem. Este problema – o da estabilidade – é enfrentado por vários filósofos políticos, tendo como destaque o próprio Rawls em *Uma Teoria da Justiça* (1971)⁴, bem como em sua transição para o *Liberalismo Político* (1996)⁵.

Pretende-se, desta forma, apresentar um esforço exegético interno à teoria bensoniana em *Justice in Transactions* para se compreender o que o autor entende por estabilidade, recorrendo, quando necessário, a autores da filosofia política, além de se tentar compreender o porquê de, para ele, este ser um problema que deve ser enfrentado também por teorias do direito privado. Como será observado, Benson argumenta que para se construir uma teoria contratual que seja estável, não basta que a concepção apresentada seja apenas *compatível* com outros domínios (eg. a economia ou a política), devendo também os apoiar e os fomentar mutuamente. A análise começará pelas ideias de uma base moral para o direito contratual e de justificação pública do contrato, que são essenciais para que o autor elucide o motivo de se preocupar com a estabilidade de sua teoria.

1. JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA E A BASE MORAL PARA UMA TEORIA DO CONTRATO COMO TRANSFERÊNCIA

Para entender o porquê de haver um esforço por parte de Benson em enfrentar o problema da estabilidade, é necessário que se compreendam melhor, primeiramente, os objetivos do autor na obra supracitada. Já na introdução, o jurista canadense afirma que o contrato entendido como uma forma de transferência entre as partes

4 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, [1971] 1997

5 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, [1996] 2000.

representa a concepção mais moralmente aceitável e consistente tanto do ponto de vista das ideias mais gerais do direito privado (e em particular com a ideia de propriedade), quanto do ponto de vista de uma concepção liberal de justiça.⁶

Tal característica do contrato como transferência seria necessária para que ele pudesse empreender seu esforço final de apresentar uma base pública de justificação relativa ao direito contratual. Para demonstrar tal afirmação, ele defende que é preciso, primeiramente, que se entenda o que é uma base moral para o contrato e qual é a concepção de pessoas livres e iguais que sua teoria constrói.

1.1. A BASE PÚBLICA DE JUSTIFICAÇÃO

O autor explica que tal base moral, que não deve invocar ou se basear em qualquer propósito ou valor extratransacional substantivo, é particularmente adequada para fazer parte de uma base pública de justificação para o direito contratual em um sistema jurídico liberal moderno. Não obstante, esta forma de se ver o contrato (como transferência de propriedade) seria plausível como uma questão interpretativa e, de fato, permitiria uma compreensão unificada das diferentes doutrinas contratuais, refletindo também uma noção de razoabilidade e justiça devida propriamente aos indivíduos que poderiam ver a si mesmos e aos outros como pessoas livres e iguais juridicamente.⁷

O cerne da questão é que as partes deveriam ser vistas apenas como proprietárias, enquanto sua transação seria constituída por atos representacionais mutuamente relacionados. Tomando as partes e suas transações dessa maneira, haveria uma concepção de liberdade e de igualdade que envolveria atribuir a elas *poderes morais* que expressam sua autonomia racional e razoável.⁸ Benson argumenta que essa ideia

6 BENSON, op. cit., p. 21.

7 Ibid., p. 366.

8 Ibid., p. 368.

estaria de acordo com o *insight* fundamental de Rawls segundo o qual a justificação pública deve ser estruturada para tipos específicos de relação entre pessoas - se as relações contratuais e políticas diferem entre si, o mesmo vale para suas justificativas.⁹ De fato, em *Justice as Fairness: A Restatement* (2001), Rawls afirma que:

O objetivo da ideia de justificação pública é especificar a ideia de justificação de uma forma apropriada a uma concepção política de justiça para uma sociedade caracterizada como uma democracia por um pluralismo razoável. [...] Uma característica essencial de uma sociedade bem ordenada é que sua concepção pública de justiça política estabelece uma base compartilhada para que os cidadãos justifiquem uns aos outros seus julgamentos políticos: cada um coopera, política e socialmente, com os demais em termos que todos possam endossar. Este é o significado de justificação pública [...] A questão é que se uma concepção política de justiça cobre os fundamentos constitucionais, ela já é de enorme importância, mesmo que tenha pouco a dizer sobre muitas questões econômicas e sociais que os órgãos legislativos devem considerar. Para resolvê-los, muitas vezes é necessário sair dessa concepção e dos valores políticos que seus princípios expressam e invocar valores e considerações que ela não inclui.¹⁰

⁹ Benson também cita que esta é uma diferença que já havia sido elucidada por Hegel em *Philosophy of Right*.

¹⁰ No original: The aim of the idea of public justification is to specify the idea of justification in a way appropriate to a political conception of justice for a society characterized, as a democracy is, by reasonable pluralism [...] An essential feature of a well-ordered society is that its public conception of political justice establishes a shared basis for citizens to justify to one another their political judgments: each cooperates, politically and socially, with the rest on terms all can endorse as just. This is the meaning of public justification. [...] *The point is that if a political conception of justice covers the constitutional essentials, it is already of enormous importance even if it has little to say about many economic and social issues that legislative bodies must consider. To resolve these it is often necessary to go outside that conception and the political values its principles express, and to invoke values and considerations it does not include.*

Paralelamente ao filósofo americano, Benson já esboçava sua ideia de base pública de justificação para a teoria contratual em seu artigo *The idea of a Public Basis of Justification for Contract* (1995)¹¹. Neste texto, o autor afirma que teorias contratuais devem, justamente, iniciar com ideias internas à lei, e suas reflexões posteriores devem proceder da análise subjacente deste primeiro objetivo, analisando se suas ideias podem ser coerentes quanto ao todo da obrigação contratual.¹² Na obra de 2019, ele esclarece que:

Os estudos contemporâneos muitas vezes presumem que as teorias do direito contratual devem ser “normativas” ou “positivas”. No primeiro caso, o objetivo é propor e implementar como lei algum conjunto idealmente justificado de regras ou princípios que não precisam se basear ou coincidir com o conteúdo e com pontos de vista reais já incorporados nas doutrinas contratuais; no último caso, a teoria procura compreender essas doutrinas e princípios da maneira que parece melhor lhes dar sentido à luz dos objetivos e premissas aparentes do direito contratual, mas sem necessariamente mostrar que o conteúdo e os objetivos são normativa ou moralmente aceitáveis. Em contraste com ambas as abordagens, podemos desejar analisar se as principais doutrinas e princípios contratuais incorporam, mesmo que apenas latentemente, certas ideias e valores normativos que podem ser elaborados em uma concepção coerente que possa ser moralmente justificada, pelo menos para aqueles que participam e são afetados pelas relações contratuais. **Esta terceira**

RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2001, p.26-28 (tradução livre).

11 BENSON, Peter. *The Idea of a Public Basis of Justification for Contract*. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 33, n. 2., pp. 273-336, 1995.

12 *Ibid.*, p. 313.

possibilidade é o caminho percorrido por uma base pública de justificação. ¹³ (grifo meu).

Observa-se que, na visão de Benson, o caminho percorrido por uma base pública de justificação seria justamente aquele em que a teoria do direito contratual não só se justificaria a partir das principais doutrinas contratuais, mas também em princípios moralmente aceitáveis, e vice-versa. Esta é uma ideia coerente com seu projeto, ao mesmo tempo em que destaca que somente este caminho pode justificar, inclusive, que possa haver o uso da força coercitiva de forma legítima e moralmente aceitável.¹⁴

Para que essa aceitabilidade moral seja atingida, é necessário que a concepção de contrato defendida pelo autor esteja em consonância com uma concepção liberal de justiça na qual os indivíduos sejam considerados pessoas livres e iguais, sendo respeitados como tais. Qual seria, então, a concepção jurídica de pessoas livres e iguais particularmente apropriada à ideia de contrato?

1.2. A BASE MORAL PARA O CONTRATO E A CONCEPÇÃO JURÍDICA DE PESSOA

Em seu esforço de construir uma base moral para a justificação pública do contrato, Benson afirma que pretende apresentar uma

¹³ No original: *Contemporary scholarship often assumes that theories of contract law must be either “normative” or “positive.” If the former, the aim is to propose and implement as law some ideally justified set of rules or principles that need not build on or coincide with the actual content and point of view already embodied in contract doctrines; if the latter, the theory seeks to understand these doctrines and principles as seems best to make sense of them in light of contract law’s apparent aims and premises but without necessarily showing that the content and aims are normatively or morally acceptable. In contrast to both approaches, we might wish to see whether the main contract doctrines and principles embody, even if only latently, certain normative ideas and values that can be worked up into a coherent conception that can be morally justified at least to those who participate in and are affected by contractual relations. This third possibility is the path taken by a public basis of justification.* BENSON, op. cit., p. 12. (tradução livre).

¹⁴ Ibid., p. 13.

concepção específica e não geral da pessoa: trata-se, exclusivamente, de uma concepção jurídica – contratual – distinta da política ou econômica, por exemplo. E, em consonância com a ideia de base pública de justificação, tal concepção é apresentada sem se derivar de quaisquer abordagens filosóficas ou de outras doutrinas abrangentes. Na verdade, ela se conecta com a experiência moral cotidiana, fazendo-se suficiente vermos a nós mesmos e aos outros dessa maneira quando consideramos como agir, sendo agentes responsáveis que podem estar sujeitos a obrigações legais genuínas.¹⁵

Vistas dessa forma, atribui-se às pessoas dois poderes morais:

- a. Uma capacidade moral de afirmar sua total independência de suas necessidades, preferências, propósitos e até mesmo de suas circunstâncias;
- b. Uma capacidade moral de reconhecer e respeitar termos justos de interação que tratam todos como independentes no sentido específico suposto pelo primeiro poder moral.¹⁶

A partir desses dois poderes morais, as pessoas seriam livres porque os indivíduos (i) afirmariam o direito de ver sua pessoa e tudo o que incorpora sua personalidade como independente – i.e., a ideia de liberdade como independência; (ii) reivindicariam o direito de serem independentes dos propósitos dos outros e de agir sem ter que justificar sua conduta à luz desses ou de quaisquer outros fins substantivos, podendo fazer reivindicações em relação a outrem; (iii) poderiam se distanciar de seus desejos, necessidades, propósitos etc., assumindo responsabilidade por seus fins, firmando a ideia de liberdade como responsabilidade.¹⁷

Da mesma maneira, a partir dessa concepção jurídica de pessoa, os indivíduos seriam iguais porque eles poderiam afirmar sua independência dos fatores que os tornassem diferentes. Partindo dessa

15 Ibid., p. 369.

16 Ibid., p. 370.

17 Ibid., p. 372.

perspectiva, não haveria nada que poderia os diferenciar: a igualdade consistiria no mero fato de que são todos tidos como idênticos.¹⁸ Imerso neste argumento, Benson defende que este ponto de vista implica no contraste normativo básico entre pessoas com unidades de responsabilidades separadas e auto relacionadas e tudo aquilo que poderia ser devidamente distinguido delas, contando, portanto, imediatamente como o contrário da personalidade – ou seja, “coisas”. Pessoas não podem ser usadas como meios, mas “coisas” sim.¹⁹

À luz desse contraste entre pessoas não utilizáveis e coisas utilizáveis, ele sugere que, quando as pessoas são reconhecidas como sujeitos com capacidade moral de usar as coisas e, ao mesmo tempo, são tratadas elas mesmas como totalmente impossíveis de se usar, o significado moral da personalidade jurídica é expresso e respeitado externamente. Benson, então, afirma que isso parece se justificar exatamente com o que o respeito pela propriedade privada implica, uma vez que a concepção liberal de propriedade supõe que certos atos devem ser respeitados por outros. Tanto o objeto quanto o ato de exercer controle sobre ele poderiam contar normativamente como expressões externas e determinadas da presença da personalidade.²⁰

O esforço aqui praticado de caminhar brevemente pelas ideias de justificação pública, base moral para o contrato e concepção jurídica de pessoa foi empreendido justamente porque tais categorias são essenciais para que se compreenda o que Benson entende por estabilidade e porque sua teoria precisa ser estável. Como será demonstrado, a estabilidade relaciona-se diretamente com a ideia mais abrangente de apresentar uma base pública de justificação para o contrato.

18 Ibid., p. 373.

19 Ibid., p. 374.

20 BENSON, loc. cit.

2. O PROBLEMA DA ESTABILIDADE NA TEORIA CONTRATUAL DE PETER BENSON

Benson inaugura o capítulo 12 de *Justice in Transactions* afirmando que a estabilidade da concepção jurídica de contrato é particularmente importante para defender as concepções jurídicas e políticas que pretendem ser liberais e fundamentadas na razão pública. Ele explica que a base pública de justificação para o direito contratual compreende três etapas: (i) deve ser elaborada a partir das principais doutrinas e princípios como interpretação plausível da lei; (ii) deve ser considerada como razoável em seus próprios termos, incorporando uma visão de pessoas livres e iguais, sendo esta visão, para ele, a de concepção jurídica de pessoa tal como apresentado e (iii) justificar a estabilidade dessa concepção jurídica do contrato.²¹

Assim, ele defende que, de acordo com o que Rawls elucida sobre a estabilidade de sua concepção política de justiça, não se trata apenas de evitar “futilidade”, mas:

[...] estabilidade significa que essa concepção deve, quando realizada em circunstâncias favoráveis e de acordo com seus objetivos, gerar o tipo certo de suporte: na devida reflexão, os cidadãos, tanto pessoas livres e iguais quanto pessoas razoáveis e racionais, devem ser capazes de endossar tal concepção não apenas como justa, mas também congruente com seus bens individual e social²². (tradução livre)²³

21 Ibid., p. 397.

22 Ibid., p. 396-397.

23 No original: *stability means that this conception should, when realized under favorable circumstances and in accordance with its aims, generate the right kind of support: on due reflection, citizens, as free and equal as well as reasonable and rational persons, must be able to endorse the conception not only as fair but also as congruent with their individual and social good.*

Entende-se, a partir disso, que “estabilidade” não diz respeito apenas à capacidade de a teoria poder se manter ao longo do tempo. Na verdade, trata-se também de que, ao ser inserida em outros domínios que não o contratual, tal teoria possa ser congruente com o que é exigido por outras concepções, tais como econômicas e políticas, além de não conflitar com concepções de bem individuais e sociais.

O autor acrescenta ainda que a análise da estabilidade deve refletir o tipo específico de concepção normativa que está em jogo, o que, no caso, seria uma concepção jurídica de contrato como transferência de propriedade. Para isso, deve-se ter em mente os principais traços distintivos de tal concepção, que seriam, no caso, justamente sua base moral e a ideia de pessoa incorporada por ela, como demonstrado na seção anterior.

Além disso, o ponto central de como Benson compreende a ideia de estabilidade talvez resida na afirmação de que não é suficiente que a concepção específica de contrato não conflite com outros domínios. Também é necessário, na visão do autor, que tal concepção seja *compatível* com tais domínios²⁴. Decorre, daí, que ele pretende, em seu projeto de construir uma base pública de justificação, demonstrar não apenas que é possível que sua concepção contratual conviva com outras concepções (e.g. política e econômica), mas que ela é a melhor concepção possível para que se fomente tais concepções.

2.1. ESTABILIDADE E OS DOMÍNIOS DA PROMESSA GRATUITA, DO MERCADO E DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Benson, visando a demonstrar que sua teoria é capaz de ser congruente com outras concepções, sendo compatíveis com tais e não apenas deixando de apresentar conflito, cita três domínios em que a estabilidade de sua teoria poderia ser desafiada: (i) a moral promissória; (ii) o mercado e (iii) a justiça distributiva.

24 BENSON, loc. cit.

Quanto ao primeiro domínio, ele volta seu foco à promessa gratuita, afirmando que esta se diferencia frontalmente das características presentes na concepção transacional do contrato, residindo na moralidade cotidiana. Há, no entanto, um *dever* moral de cumprir tais promessas meramente gratuitas, e a questão mais premente da estabilidade diria respeito justamente à relação entre esse dever promissório puramente moral e a concepção jurídica do contrato.²⁵

A estabilidade, mais ainda, deveria especificar um dever moral de cumprir as promessas que surgem em conexão com “um tipo de interação ou relação que os agentes morais reconheceriam como genuinamente distinta de e como não pressupondo o contrato”, o que possibilitaria compreender a natureza vinculativa das promessas gratuitas. E a concepção jurídica, dessa forma, não poderia excluir as promessas gratuitas justamente porque não teria autoridade para se pronunciar sobre tanto. A promessa gratuita seria normativamente distinta e irreduzível à obrigação contratual, podendo ser justificada a partir de um dever de virtude kantiano.²⁶

No que diz respeito ao mercado, Benson afirma que o ponto principal da estabilidade entre esse domínio e a concepção de contrato residiria na tese de independência e autonomia do direito contratual. O mercado e o direito contratual, representando domínios diferentes, seriam construídos de forma que se apoiem e se adequem mutuamente, mas haveria uma distinção fundamental: o primeiro representa um sistema de interações voluntárias em que os indivíduos buscam obter satisfação material com os outros, enquanto o segundo seria um sistema de princípios razoáveis sujeitos à aplicação coercitiva.²⁷ Haveria, neste sentido, a expressão da ideia do racional no domínio do mercado, enquanto o domínio do direito contratual expressaria a ideia do razoável.

25 Ibid., p. 400.

26 BENSON, loc. cit.

27 Ibid., p. 445.

O direito contratual, segundo Benson, desempenharia um papel institucional inserido na ideia hegeliana de mercado como “sistema de necessidades”, em que os indivíduos, contados como transatores, teriam o mesmo interesse formal na existência, no conhecimento e na garantia de determinados aspectos sistêmicos e bilaterais essenciais para que pudessem transacionar como pessoas razoáveis, racionais, livres e iguais. É neste sentido que a teoria contratual seria estável quanto ao mercado: tomando em consideração sua dimensão social ou relacional, compartilhada por ambos os domínios, o contrato especificaria a relação social em suas dimensões formais como uma questão de autoridade e justiça pública.²⁸

O terceiro domínio citado por Benson – a justiça distributiva – teria sua estabilidade justificada ao retornar à ideia do sistema de necessidades. Para o autor, tal sistema funcionaria como uma “concepção normativa unificadora central” – o termo do meio entre, de um lado, justiça distributiva e, de outro, o direito contratual. Isso se daria porque o sistema de necessidades possui duas características centrais. Primeiro, ele possui foco no papel institucional do direito contratual, em que as partes são tratadas apenas como pessoas jurídicas com o poder moral de afirmar sua independência absoluta em relação aos outros, concentrando-se nas necessidades formais de conhecimento e segurança.²⁹ Um segundo aspecto diz respeito ao fato de que o sistema de necessidades seria visto como um recurso de capital compartilhado e permanente, ou mais precisamente, um sistema de cooperação social.³⁰

Quando tomada abstratamente, a concepção jurídica de pessoa refletiria a mera possibilidade moral de transferência, não importando, segundo Benson, quais as consequências disso para a justiça distributiva. Entretanto, quando inserida no mercado tido como sistema de necessidades, as pessoas, a partir de suas concepções de bens, possuiriam necessidades e objetivos reais.

28 Ibid., p. 446.

29 Ibid., p. 453.

30 Ibid., p. 454-455.

Portanto, sendo legitimados a fazer reivindicações a partir de seus interesses, os indivíduos, livres e iguais, teriam direitos iguais a meios, circunstâncias e oportunidades de participar deste sistema de cooperação e de compartilhar as vantagens que ele possibilita. A partir dessa constatação, Benson afirma serem necessários princípios distributivos de justiça que garantam um sistema de justiça procedimental pura de fundo, mantendo-se ao longo de gerações, marcando uma divisão institucional de trabalho entre o direito contratual e a justiça distributiva.³¹

Este é um fator particularmente importante quando se trata da questão da estabilidade, mesmo quando se diz respeito aos debates internos à filosofia política. Como foi explicado anteriormente, estabilidade não se trata *apenas* de uma teoria poder se manter ao longo do tempo, mas essa característica – se manter ao longo do tempo – é, também, importante. Não à toa, Rawls argumenta que seus princípios de justiça – a prioridade de liberdades, a equitativa igualdade de oportunidades e o princípio da diferença – são necessários para que se possa conceber a justiça procedimental pura de fundo³².

3. DO PROBLEMA DA ESTABILIDADE NA FILOSOFIA POLÍTICA DE JOHN RAWLS À TEORIA CONTRATUAL DE PETER BENSON

Como já citado, há grande inspiração na filosofia política de John Rawls por parte de Benson. Em apertada síntese, quando o filósofo americano publica, em 1971, *Uma Teoria da Justiça* (TJ), ele já se preocupava com a questão da estabilidade, argumentando na parte III de seu paradigmático livro que, como seres racionais, tenderíamos a respeitar os princípios originados da posição original, pois desejaríamos expressar “nossa natureza de pessoas morais livres”.³³

31 Ibid., p. 456-457.

32 Para entender do que se trata a justiça procedimental pura de fundo, ler a segunda parte de *Justice as Fairness: A Restatement* (2001)

33 RAWLS, op. cit., 1997 p. 705

Esta ideia é posta em xeque quando se conhece o fato do pluralismo razoável. Atores sociais podem ter suas próprias doutrinas e concepções de bem que, como ilustra Lucas Petroni (2017), podem não aceitar que a concepção de pessoa de *Teoria da Justiça* seja a concepção *correta* de pessoa, ou que demandas da justiça sejam autônomas. Percebe-se, assim, que qualquer concepção de justiça precisa ser compatível com a diversidade de doutrinas morais que existem na sociedade.³⁴ Haveria, aí, o problema de como a “sociedade bem ordenada” deveria ser entendida, pois em TJ ela era vista como aquela que pressupunha tal concordância quanto aos princípios rawlsianos, enquanto em *O Liberalismo Político* (LP), e em *Justiça como Equidade*, ela é vista como a “sociedade efetivamente regulada por alguma concepção pública (política) de justiça, seja ela qual for”³⁵.

É exatamente no *Liberalismo Político* que o problema da estabilidade se coloca de forma mais contundente. Burton Dreben explica que, em TJ, Rawls se preocupava com o problema da justiça, enquanto que em LP ele se preocupava com a questão da “legitimidade” de sua concepção de justiça. Surgiram questões como: “*se não pelo poder estatal, como uma democracia liberal constitucional pode se manter, com as pessoas divergindo entre si? Como doutrinas abrangentes (como a religião), podem endossar também uma concepção política razoável que dê suporte à democracia constitucional?*”. É preciso, sim, que uma teoria possa se manter ao longo do tempo, mas é preciso que ela se mantenha pelos *motivos corretos*.³⁶

Entende-se, dessa forma, que talvez aquilo que Rawls se refere como “estabilidade” seja mais modesto do que o entendimento que Benson apresenta em seu projeto. Ora, como o filósofo americano argumentou em *A ideia da Razão Pública Revisitada* (2012)³⁷, cidadãos razoáveis, livres e iguais, atenderiam ao seguinte critério de

34 PETRONI, Lucas. O argumento da estabilidade no contratualismo de John Rawls. *Kriterion: Journal of Philosophy*, v. 58, n. 136, p. 139-161, 2017.

35 RAWLS, op. cit., 2001, p. 13.

36 DREBEN, Burton. “On Rawls and political liberalism”. In: FREEMAN, Samuel (org.). *A Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 317.

37 RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

reciprocidade: quando são propostos termos razoáveis de cooperação equitativa, quem os propõe deve também pensar que seria ao menos *razoável* que outros possam aceitá-los.³⁸ Uma teoria poderia ser legítima, portanto, se seus termos fossem razoáveis, podendo ser endossados por todos. A estabilidade não exigiria que a concepção política de justiça rawlsiana – a justiça como equidade – fosse vista como a *melhor*, ou a que promovesse mais adequadamente outras concepções de pessoa (eg. jurídica ou econômica). Os termos e princípios dessa concepção deveriam, apenas, poder ser endossados pelas pessoas.

Benson parece dar um passo além quando afirma que a concepção jurídica de pessoa, tal qual explicitada na seção anterior, é *compatível* com e *apoiar* a moralidade promissória, o mercado e a justiça distributiva, sem apenas deixar de entrar em conflito com tais. Na verdade, já na introdução de *Justice in Transactions*, ele defende que pretende demonstrar como os princípios que governam essas diferentes esferas se *apoiam mutuamente*.³⁹

Ele afirma que, dado a sua natureza limitada, e permanecendo dentro de seus limites, pode haver total congruência entre a concepção jurídica inserida no direito contratual e esses outros domínios. Particularmente quanto ao mercado e à justiça distributiva, Benson defende que há uma “sequência normativo-conceitual” entre tais sujeitos e o contrato, argumentando que a concepção jurídica transacional atingiria os domínios sistêmicos referentes às necessidades de mercado e de justiça distributiva.⁴⁰

Mais uma vez, é preciso destacar que Benson sugere que sua teoria de contrato como transferência só pode ser estável se a concepção jurídica de pessoa não apenas deixar de conflitar com outros domínios, mas também os apoiar mutuamente, enquanto Rawls afirma que uma concepção política de justiça pode ser estável – pelas razões corretas – ao propor termos razoáveis que possam ser

38 Ibid., p. 528-529.

39 BENSON, op. cit., 2019, p. 28.

40 BENSON, loc. cit.

endossados tanto por aqueles que os propõem quanto por aqueles que estarão sujeitos a eles. Dessa maneira, Petroni sintetiza o argumento da seguinte maneira: “tudo o que a legitimidade exige de uma concepção de justiça é que ela seja, em princípio, compatível com as liberdades individuais presentes nas cartas de direitos contemporâneos”.⁴¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de estabilidade em Peter Benson parece ser mais ambiciosa do que aquela entendida pela filosofia política, e em especial por John Rawls e seus críticos. O canadense entende que, para que a teoria de contrato como transferência seja estável, é necessário que a concepção jurídica de pessoa não apenas não conflite com outros domínios, mas que também os apoie mutuamente. Não apenas pessoas livres e iguais, além de racionais e razoáveis, devem ser capazes de endossar tal concepção como justa e congruente com seus bens individuais e sociais. É preciso, também, que ela apoie outros domínios, dentre os quais se destaca, para Benson, a moral promissória, o mercado e a justiça distributiva.

Enfrentar o problema da estabilidade, como o faz Peter Benson, se justificaria por fazer parte daquilo que é necessário para que se concretize um projeto maior: o de oferecer uma base pública de justificação para o direito contratual. Esta base pública de justificação buscaria um caminho central entre, de um lado, teorias normativas e, de outro, teorias positivas. Desta forma, ao mesmo tempo em que idealiza princípios moralmente aceitáveis, também se constrói a partir das principais doutrinas e princípios contratuais, i.e., internamente à lei.

A estabilidade seria o último passo para que se atingisse tal base pública de justificação, após demonstrado que a concepção de contrato como transferência possui uma interpretação plausível da lei e que ela pode ser considerada razoável a partir de seus próprios termos,

41 PETRONI, op. cit., 2017, p. 156.

oferecendo, para isso, a concepção jurídica de pessoa como uma base moral para o contrato. De fato, uma base pública de justificação, seja política, seja contratual, deve ser estável, o que torna o esforço de Benson, portanto, justificável.

REFERÊNCIAS

BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

----- . *The Idea of a Public Basis of Justification for Contract*. Osgoode Hall Law Journal, v. 33, n. 2., pp. 273-336, 1995.

DREBEN, Burton. *On Rawls and political liberalism*. In: FREEMAN, Samuel (org.). *A Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 316- 346.

G. W. F. Hegel. *Philosophy of Right*. Trad. T. M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 1952.

OLIVEIRA, Joviniano. *A questão da estabilidade na teoria da justiça de John Rawls*. Dissertação (mestrado em Filosofia) – Departamento do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP. Campinas, p. 130, 2006.

PETRONI, Lucas. *O argumento da estabilidade no contratualismo de John Rawls*. *Kriterion: Journal of Philosophy*, v. 58, n. 136, p. 139-161, 2017.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012

----- . *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, [1996] 2000.

----- . *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2001

----- . *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, [1971] 1997.

A PESSOA EM PETER BENSON

Pedro Silveira Campos Soares

“Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo”¹.

INTRODUÇÃO

Para desenvolver a tese de que o contrato representa uma transferência de propriedade entre pessoas, Benson dedica parte de seu livro “Justice in Transactions: A Theory of Contract Law”² para diferenciar o objeto passível de contratação dos sujeitos contratantes. Para tanto, ele identifica as bases principiológicas de sua teoria e, depois, seus fundamentos teóricos.

O presente trabalho busca abordar a concepção jurídica de pessoa para Peter Benson. Propõe-se que, para o professor canadense, a pessoa, enquanto sujeito contratante, exerce dois poderes morais, de cunho abstrato, e um terceiro poder moral, de aplicação prática.

Essa avaliação se justifica diante da primazia que a pessoa, enquanto ente jurídico, tem na concepção de contrato de Benson, desde a formulação de sua teoria, até a aplicação prática dela.

Com efeito, é no campo teórico que Benson desenvolve o alicerce de sua concepção de pessoa. Trata-se de uma tarefa complexa por uma questão fundamental que Benson logo reconhece. Sua teoria considera como irrelevante, para os estritos fins do contrato, a plêiade de circunstâncias pessoais e interesses subjetivos que permeiam o interesse de contratar. Diz isto de maneira retumbante: sua concepção normativa de pessoa *não* “trata como moralmente

1 ORTEGA Y GASSET, Jose. *Meditaciones del Quijote*. In. Obras Completas: Tomo I, 7 ed, Madrid: Revista Del Occidente, 1966, p. 322.

2 Referências a “livro”, “obra”, “tese”, quando não especificadas, referem-se ao mencionado livro de Peter Benson.

saliente nelas próprias toda gama de considerações derivadas dos propósitos particulares, demandas, preferências, dentre outras”³. O ato de contratar cristalizado desde sua formação, e só ele, é relevante para a operacionalização de sua teoria enquanto tal⁴.

Benson não ignora toda sorte de subjetividades que norteiam as condutas particulares que circundam uma contratação. Para ele essas finalidades substantivas e particulares são “fatos inegáveis”⁵. Diante disso, para demonstrar que sua tese permanece firme, Benson trata de afastar suas aparentes incongruências, a partir de um verdadeiro teste de estabilidade da teoria. Neste particular, Benson recorre à teoria do direito de Hegel, a partir da qual desenvolve sua concepção de pessoa e seus dois poderes morais.

Para que esses poderes morais possam ser reconhecidos no plano *prático* das relações contratuais, deve haver uma base principiológica ou, nas palavras de Benson, um pano de fundo *teórico* que indiretamente incida sobre eventual esforço interpretativo sobre determinada relação contratual. Em busca de tais princípios, Benson se vale de Rawls, seus princípios de justiça e suas duas capacidades morais.

Aqui também há um certo paradoxo, que Benson esclarece na última seção de seu livro. Para Benson, sua teoria tem “caráter não-distributivista”⁶. Como então compatibilizá-la com os princípios de justiça Rawlsianos, especialmente com o segundo princípio – igualdade de oportunidade e princípio da diferença – que, reconhece Benson, é a “justiça distributiva em seu sentido mais estrito”⁷?

3 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 373

4 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *William & Mary Law Review*, Vol. 48, n. 5, 2007, p. 1.696 (“o único ponto que conta é se as partes podem razoavelmente serem vistas como tendo feito os atos requeridos para alienação e apropriação”).

5 *Op. cit.*, p. 1.696.

6 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 396.

7 *Op. cit.*, p. 448.

Em sua resposta, Benson lança mão de algo como um terceiro poder moral cuja incidência se dá em um plano específico, em que se concretiza a justiça contratual por ele proposta, no seio de um sistema de carecimentos que compreende um quadro institucional e um ambiente de cooperação.

Este artigo está estruturado em duas seções. A primeira delas aborda o plano abstrato da pessoa e os dois poderes morais que o compõe. A interrelação entre Hegel, Kant e a teoria de Benson será tratada nesta seção.

A segunda seção discute a conjugação entre os diferentes elementos da teoria de Benson, no âmbito concreto, com uma incursão nos princípios de justiça Rawlsianos.

Ao final, o leitor terá uma visão abrangente dos limites e da relevância da concepção de pessoa proposta por Benson para sua teoria do contrato como transferência de propriedade. Sobretudo, restará evidenciada de que forma os três poderes morais interagem entre si, como forma de atribuir uma base estável para o desenvolvimento da teoria de Benson.

1. PLANO ABSTRATO: OS DOIS PODERES MORAIS

A concepção de pessoa em Benson pode ser apreendida a partir de sua concepção de contrato. Para ele, a transferência de propriedade constitui a essência do ato de contratar e se desenvolve em um plano eminentemente abstrato, independente e desvinculado da execução própria das obrigações contratuais⁸. Performance, entrega, movimentação física dos bens transacionados não operam

⁸ BENSON, Peter. Rawls, Hegel, and Personhood: A Reply to Sibyl Schwarzenbach. *Political Theory*, Vol. 22, n. 3, 1994, p. 493 (tanto Benson, quanto Rawls e Hegel atribuem bastante importância à perspectiva abstrata, iniciando a análise do objeto de estudo com um enfoque dissociado de subjetividades. Para Hegel, como Benson mesmo explica, “a liberdade inerente à personalidade não é nada além da tomada de consciência de si como pura atividade de abstração: ‘um ego totalmente sem conteúdo e abstrato no qual toda restrição e valor concretos são negados e sem validade’”).

nesse plano abstrato. Basta que se cumpram os requisitos – os “atos necessários”⁹ – para a formação do contrato; nada mais.

Assim também se constitui a pessoa na concepção bensoniana¹⁰. Suas particularidades, finalidades e interesses não importam em uma primeira análise. O que vale é que, *em abstrato*, cada pessoa tenha o *poder* de contratar (transferir mutuamente propriedade sobre bens ou serviços) e simultaneamente tenha o *dever* de respeitar o correlativo poder das demais. Trata-se de uma concepção que difere de conceitos políticos, filosóficos e econômicos. Como Benson pontua, os “indivíduos devem ser vistos como, e somente como, sujeitos com a capacidade de ter, adquirir e exercer a posse legítima por e para si mesmos”¹¹.

Esse poder-dever ínsito à relação contratual de Benson encontra inspiração na filosofia do direito hegeliano e, em menor medida, na filosofia moral kantiana. Uma pequena incursão nestas obras é útil.

A Filosofia do Direito de Hegel está estruturada em três seções: Direito Abstrato, Moralidade e Eticidade. Em cada uma delas, Hegel apresenta um espectro diferente do livre-arbítrio (e da liberdade), partindo do mais abstrato para o mais concreto¹². Logo no primeiro espectro, Hegel inicia sua discussão sobre a pessoa como a base do direito enquanto instituição abstrata e formal, agindo segundo o imperativo de reconhecimento-respeito. Deve-se reconhecer-se enquanto pessoa e, ao mesmo tempo, respeitar os outros também enquanto tal¹³.

9 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 367.

10 Trata-se de neologismo com referência aos estudos de Peter Benson.

11 BENSON, Peter. The Idea of a Public Basis of Justification for Contract. *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 33, n. 2, 1995, p. 316.

12 BENSON, Peter. Rawls, Hegel, and Personhood: A Reply to Sibyl Schwarzenbach. *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994, p. 493 (utiliza-se a interpretação do próprio Benson: “embora o conceito geral de livre arbítrio seja igualmente pressuposto em todos os estágios, seu modo de expressão em cada um é categoricamente distinto. Cada estágio envolve, então, uma forma verdadeira particular de liberdade verdadeiramente específica e diferente”).

13 HEGEL, G. W. F (trad. Paulo Meneses). *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 80.

Precisamente em razão dessa perspectiva abstrata, a pessoa não considera as particularidades de sua vontade, de sorte que “o interesse particular, minha utilidade e meu bem-estar não entram em consideração – tampouco o fundamento determinante particular de minha vontade, do discernimento e da intenção”¹⁴. Dessa forma, a determinação jurídica deve envolver uma possibilidade ou permissão para fazer algo e, ao mesmo tempo, uma obrigação de “não lesar a personalidade e o que deriva dela”¹⁵.

A proximidade com a construção de Benson não poderia ser mais nítida. Ambos se utilizam da abstração como metodologia para identificar a natureza da pessoa enquanto sujeito contratante, assim como atribuem a mesma importância ao contrato como ferramenta de promoção da pessoa.

A inspiração kantiana é, também, notável. No Apêndice à Introdução à Doutrina do Direito, parte da célebre *Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant propõe uma concepção de direito como a capacidade de obrigar terceiros derivada de fundamentos legais inatos ou adquiridos¹⁶. O chamado direito inato, para Kant, é um só: a liberdade. Liberdade que se revela como “independência em relação ao arbítrio coercitivo de um outro”¹⁷. Ser independente é o “direito único, originário, que cabe a todo homem em virtude de sua humanidade”¹⁸.

Para além disto, Kant reconhece que esse direito inato não se desenvolve em um vácuo. Ao contrário, a liberdade se expressa a partir das relações que são estabelecidas com outras pessoas.

14 *Op. cit.*, p. 80-81.

15 *Op. cit.*, p. 81.

16 SCHWARZENBACH, Sibyl A. Rawls, Hegel and Communitarism. *Political Theory*, Vol. 19, n. 4, 1991, p. 552 (Kant e Hegel possuem interpretações distintas de moralidade e eticidade. Todavia, pode-se considerar que ambos inspiraram Peter Benson e, por isso, merecem ser relidos no esforço de interpretar a referida obra. Sobre isto, Schwarzenbach esclarece: “o conceito de ‘expressão’ de Hegel é de maior interesse porque sinaliza um aspecto importante de seu afastamento de Kant. Com esse conceito, Hegel claramente tenta superar as rígidas dualidades kantianas entre mente e corpo, razão e desejo, e assim por diante. Hegel é, no final das contas, um monista”).

17 KANT, Immanuel (trad. Clélia Aparecida Martins). *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 55.

18 *Op. cit.*, p. 55.

Trata-se, aqui, do que Kant define como igualdade inata, isto é, não só ser independente, mas “não ser obrigado por outrem senão àquelas coisas a que também reciprocamente se pode obrigá-los”¹⁹.

O reconhecimento da pessoa enquanto objeto de obrigações impostas pela liberdade dos outros culmina na conclusão de Benson, de que as pessoas seriam unidades de responsabilidade separadas e distintas dotadas de independência, mas reciprocamente relacionadas (“self related”)²⁰. Benson, ao fim e ao cabo, reconhece a partir da abstração um aspecto relacional inerente à pessoa²¹.

Compreendida a inspiração filosófica de Benson, cabe examinar os chamados poderes morais que constituem os atributos indispensáveis da pessoa na concepção de Benson²². Uma ressalva preliminar: referidos poderes são construídos *em abstrato*, conforme a metodologia que acima se explicou. A passagem do plano *abstrato* para o plano *prático* (*concreto*) se dará mais à frente.

1.1 PRIMEIRO PODER MORAL: INDEPENDÊNCIA PURA

Na concepção de Benson, a “independência pura” é produto da aptidão do sujeito para se distanciar de tudo mais. Aqui, Benson antagoniza-se com o que Ortega y Gasset indicava em seus escritos, em especial na célebre passagem aqui epigrafada. As circunstâncias não importam para Benson, tampouco são fontes de constituição do próprio sujeito *no plano abstrato*. Por isto Benson caracteriza essa aptidão como um poder moral *negativo*, porque não culmina em nenhuma posição jurídica sobre as demandas particulares, tampouco qualquer pretensão intrinsecamente moral sobre seus propósitos e

19 *Op. cit.*, p. 56.

20 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 376.

21 Assim como Ortega y Gasset o faz ao colocar como elemento constitutivo do “Eu” suas respectivas “circunstâncias”.

22 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 369 (para Benson os poderes morais são mesmo “atribuídos” a partir de sua concepção de pessoa).

necessidades²³. O poder em questão atua, tão-somente em abstrato, como uma potencialidade de fazer escolhas dirigidas a um fim específico. Nesse campo da potencialidade tem-se somente a pessoa, e só ela, em perspectiva²⁴.

Para desenvolver este raciocínio, Benson remete aos aspectos livre-arbítrio de Hegel, com especial ênfase à universalidade que, na noção hegeliana, implica a capacidade do sujeito de dissipar quaisquer restrições impostas pelo meio, afastando-se delas para assim firmar sua independência²⁵.

Esse poder moral gera repercussões em outras partes do livro. Em especial, ele se mostra fundamental para distinguir a “promise-for-consideration”²⁶ do sujeito contratante. Para Benson é justamente na capacidade de distanciamento que está a diferença fundamental entre pessoal e coisa, vez que essa capacidade (poder) não pode ser objetificada sem necessariamente objetificar a pessoa. Ao contrário, o que é passível de externalização e objetificação é a coisa. É ela que pode ser apropriada, qualitativa e quantitativamente²⁷ e, ao assim ser, distinguir-se da pessoa. Isso constitui o que Benson considera a

23 BENSON, Peter. The Idea of a Public Basis of Justification for Contract. *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 33, n. 2, 1995, p. 316.

24 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 370-71.

25 BENSON, Peter. Rawls, Hegel, and Personhood: A Reply to Sibyl Schwarzenbach. *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994, p. 492 (Benson trata disso com profundidade ao criticar a posição de Sibyl Schwarzenbach, afirmando não ter ela considerado o que Hegel chamada de livre-arbítrio, em seus dois aspectos, universalidade e particularidade. O primeiro deles “sendo uma capacidade ilimitada de distinguir-se do outro e de dissipar ‘toda restrição e todo conteúdo seja imediatamente dado pela natureza, pelos desejos e pelos impulsos, seja determinado por qualquer outro meio’”).

26 Sendo essa promise-for-consideration o objeto mesmo da teoria bensoniana.

27 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *William & Mary Law Review*, Vol. 48, n. 5, 2007, p. 1.729 (essa distinção fica saliente quando Benson esclarece como a obrigação de fazer pode constituir objeto da transferência de propriedade por ele proposta: “se, como eu supus, a noção de coisa é entendida em termos normativos legais primariamente a partir do contraste com a noção de pessoa, o serviço é uma coisa que pode ser propriedade de outra pessoa”).

dignidade intocável da pessoa, o que implica ser considerada como “sacrossanta e nunca como meramente utilizável”²⁸.

Aqui a “particularidade”, como o segundo aspecto do livre-arbítrio de Hegel, também incide com clareza²⁹. É justamente a capacidade da pessoa de exercer escolhas e de contratar (a particularidade) que lhe permite apropriar-se de objetos, assim diferenciando-se destes. Fala-se, portanto, de um poder quase passivo, universal e idêntico, eis que incide *sem maior esforço, igualmente, sobre qualquer* pessoa³⁰. Não é necessário que a pessoa esteja fisicamente livre, tampouco que tenha que agir de qualquer forma para atingir essa independência. Nas palavras de Benson: “acorrentado, eu ainda posso ser livre”³¹.

Fique claro: na obra de Hegel, a particularidade, enquanto segundo atributo do livre-arbítrio não se coloca com ênfase na seção do Direito Abstrato, mas nas seções subsequentes, sobretudo na última, Eticidade. Não obstante, parece que, para a teoria de Benson, a particularidade de Hegel aparece como substrato do primeiro poder moral, isto é, como “ter um conteúdo ou objeto de escolha específico e determinado”. Benson não é suficientemente claro neste ponto, pois chegou a dizer, em seu artigo de 1994, que na concepção abstrata de Hegel somente o primeiro aspecto seria relevante, o que foi objeto de sólida crítica por parte de Schwarzenbach³².

O segundo poder moral diferencia-se neste aspecto, por necessitar de ímpeto, ação, para que se operacionalize. É o que se verá na sequência.

28 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 371.

29 BENSON, Peter. Rawls, Hegel, and Personhood: A Reply to Sibyl Schwarzenbach. *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994, pp. 493-494.

30 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 369 (fala-se aqui de pessoas em sã-consciência e capazes do ponto de vista civil. Benson ressalta essa particularidade “por introspecção, qualquer um deveria ser capaz de reconhecer esses poderes em si mesmo, exceto em casos extremos de incapacidade que implique insanidade legal, automatismo e circunstâncias similares”).

31 *Op. cit.*, p. 374.

32 SCHWARZENBACH, Sibyl A. A Rejoinder to Peter Benson. *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994, pp. 503-504.

1.2 SEGUNDO PODER MORAL: RACIONALIDADE E RECONHECIMENTO

Para bem compreender o segundo poder moral de Benson, vale construí-lo a partir do primeiro, demonstrando a correlação e, até mesmo, vinculação entre eles.

Ao afirmar que a pessoa, enquanto tal, possui a aptidão natural pela independência pura, Benson demonstra que esse primeiro poder tem caráter negativo: ele não dá azo a qualquer pretensão positiva, de cunho moral ou legal. Entretanto, Benson não ignora que para preservar essa independência, é necessário *ação*. Ação não como a busca pelos interesses subjetivos subjacentes a cada escolha (inclusive a de contratar), mas sim como o reconhecimento de que a independência pura é, *em si mesma*, um “objetivo e um fim”, que merece ser perseguida³³.

Esse reconhecimento implica, assim, uma escolha *racional*, porquanto envolve definir finalidades para a ação e assumir as consequências disto³⁴. O agir racional depende de esforço, sendo, assim, uma liberdade positiva. São necessários ímpeto, atitudes positivas no sentido de fazer valer esse segundo poder moral. Não mais se fala em contemplação, mas em esforço: “*a posição passiva torna-se abolida e existir significa esforçar-se*”³⁵. Racionalidade é precisamente o primeiro aspecto em que o segundo poder moral está ancorado.

O segundo aspecto é o reconhecimento. Reconhecer, neste caso, significa compreender que a pessoa está em comunidade e, assim,

33 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 371.

34 KANT, Immanuel (trad. Clélia Aparecida Martins). *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 37 (“a personalidade moral, portanto, é tão somente a liberdade de um ser racional submetido a leis morais (a psicológica não passando, porém, da capacidade de tornar-se a si mesmo consciente da identidade de sua existência nos seus diferentes estados), donde se segue que uma pessoa não está submetida a nenhuma outra lei além daquelas que se dá a si mesma (seja sozinha ou, ao menos, juntamente com outras)”).

35 ORTEGA y GASSET, Jose. *Kant Hegel Dilthey*. Madrid: Revista Del Occidente, 1972, p. 37.

relaciona-se com outras. Sem esta característica sequer se falaria em contrato, quanto mais na concepção de Benson, em que a transferência de propriedade se dá de modo recíproco, sendo ambos os polos da relação contratual promitente e promissário ao mesmo tempo³⁶. Benson bem pontua em um trabalho sobre Kant que “a vontade *comum* articula a lei para a vontade *individual* das partes”³⁷.

Como, então, conceber uma independência pura se a pessoa é inegavelmente influenciada pelas outras no entorno social? A resposta está no segundo poder moral. Ao incidir, esse poder permite reconhecer a independência pura do outro para assim abster-se de infringi-la. Benson conclui:

Essa ideia de razoável postula que, antes de qualquer conduta voluntária que possa colocá-los em uma relação especial entre si, os indivíduos são considerados mutuamente independentes. As consequências decorrentes das próprias decisões são imputadas apenas a eles mesmos. Tudo o que uma pessoa pode legitimamente exigir dos outros é que se abstenham de infringir o que lhe pertence, não que atendam às suas necessidades ou desejos, por mais básicos ou urgentes que sejam³⁸.

Nessa perspectiva, as pessoas são idênticas e nessa identidade sobressai o segundo poder moral, enquanto decisão racional de abster-se de infringir a personalidade alheia. Esse é o imperativo hegeliano – “sê uma pessoa e respeita os outros enquanto pessoas”³⁹ –, a demonstrar a proximidade com a teoria proposta por Benson.

36 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 51.

37 BENSON, Peter. External Freedom According to Kant. In: *Columbia Law Review*. Vol. 87, n. 3, 1987, p. 568 (destacou-se).

38 BENSON, Peter. The Idea of a Public Basis of Justification for Contract. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, n. 2, 1995, p. 301.

39 HEGEL, G. W. F (trad. Paulo Meneses). *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 80.

Dando fecho à análise do plano abstrato, vale sintetizar como esses poderes se entrelaçam e se compatibilizam em Benson.

O primeiro poder moral, a independência pura, é a aptidão necessária para que o sujeito contratante possa se distanciar de seus interesses, desejos, e finalidades subjetivas, colocar-se como um ser independente de tudo o que não lhe seja ínsito e inseparável – um ser *em abstrato*.

Tal característica é única da pessoa, na concepção bensoniana, o que a distingue do objeto a ser transacionado: a pessoa é proprietária – e não propriedade⁴⁰ – no ato de transferência que constitui o cerne da teoria de Benson. Esse primeiro poder moral serve de suporte para a construção *teórica* de uma transferência de propriedade como ato jurídico dissociado das intenções e desejos particulares dos sujeitos contratantes.

Já o segundo poder moral atua em um espectro ainda abstrato, porém mais próximo da realidade dos sujeitos contratantes, como se fosse uma etapa intermediária para chegar-se ao plano concreto que será tratado logo mais. Nesse nível compreende-se que a pessoa não só tem sua independência pura, como deve respeitar essa mesma independência das demais.

Não há como deixar de relacionar essa característica à profunda discussão proposta por Benson sobre dano (*injury*) e inadimplemento culposos (*misfeasance*). Para o autor, “a indiferença legal às motivações é compatível com os preceitos éticos que determinam às partes respeitarem os direitos recíprocos”⁴¹, em especial sua respectiva independência pura.

40 *Op. cit.*, p. 81 (“a pessoa, diferenciando-se de si, relaciona-se com uma outra pessoa, e precisamente ambas têm ser-á uma para a outra somente como proprietários. Sua identidade sendo em si recebe uma existência pela passagem da propriedade de um para a de outro, por sua vontade comum e com a manutenção de seus direitos, - no contrato”).

41 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 398.

2. PLANO CONCRETO: UM TERCEIRO PODER MORAL?

O notável esforço de Benson para demonstrar a estabilidade de sua teoria, em especial quando cotejada frente ao paradigma da justiça distributiva, se justifica ao considerar-se que a teoria do contrato como transferência de propriedade tem natureza não-distributiva. O afastamento da noção distributiva de justiça está, ainda, no plano abstrato e funciona como elo com o plano concreto que será doravante discutido. De fato, disse Benson logo no prefácio de seu livro, que o respeito de que trata o segundo poder moral “é devido aos outros como questão de justiça em transações, que, sendo indiferente às necessidades, interesses e similares, deve ser concebida com caráter completamente não-distributivo”⁴².

Como então manter íntegra a teoria de Benson, diante da inegável natureza distributiva dos princípios de justiça?

Propõe-se encontrar a resposta a partir do estudo de Schwarzenbach sobre Rawls e Hegel, o qual, além de aprofundado, foi objeto de debates propostos por Benson, o que justifica discuti-lo neste artigo. Em seu artigo de 1991, a professora novaiorquina busca os pontos de ligação entre a filosofia do direito de Hegel e a teoria da justiça de Rawls. De especial relevo para o presente trabalho é o capítulo dedicado à concepção de pessoa, em que a autora rememora as críticas de que Rawls seria individualista ou super-kantiano ao também propor uma concepção de pessoa “afastada e antecedente de seus fins particulares, atributos, compromissos e seu caráter concreto”⁴³. Schwarzenbach pontua o equívoco dessa percepção, por ignorar que, para Rawls, o conceito de pessoa se limita a uma concepção puramente política (e não social, cultural, antropológica ou jurídica). É a pessoa, enquanto agente político, que decide os princípios da justiça adequados para a estrutura básica da sociedade.

42 *Op. cit.*, p. 27.

43 SCHWARZENBACH, Sibyl A. Rawls, Hegel and Communitarianism. *Political Theory*, vol. 19, n. 4, 1991, p. 549 (a crítica é de Michael Sandel).

Para a autora, ao limitar-se a uma concepção política de pessoa, Rawls lança mão de uma abstração metodológica, assim como Hegel fez na primeira parte de sua Filosofia do Direito, quando propôs afastar a pessoa de seus “vínculos sociais imediatos e concretos”⁴⁴. Em Hegel, essa seria a primeira condição para o florescer da pessoa enquanto ser humano.

Não obstante isso, ambos os filósofos enxergam outros espectros para o desenvolvimento da pessoa enquanto tal. Não é suficiente considerá-la simplesmente dissociada de seu meio. Para Hegel, uma concepção moderna de personalidade depende “não simplesmente da habilidade de seguir regras, tampouco negar ou escolher entre alternativas concretas, mas fazer planos, postular propósitos particulares e, em geral, ‘exprimir’ uma concepção ou plano próprios de vida *em uma esfera externa publicamente reconhecida*”⁴⁵. Por isto, na parte final de sua Filosofia do Direito, Hegel conclui que a liberdade substantiva só é atingida a partir do reconhecimento recíproco do meio⁴⁶ ou, como a autora pontua, a “‘personalidade livre’ universal e os direitos individuais são produtos culturais, e não pontos de partida, de uma longa e árdua luta histórica”⁴⁷.

A passagem para Rawls deve partir do esforço de Benson em demonstrar que sua teoria se compatibiliza, ou ao menos não se abala, com os preceitos da justiça distributiva do mencionado filósofo-político. Para isto, na seção final de seu livro, Benson aborda dois pontos fundamentais para justificar a estabilidade de sua teoria: o sistema de carecimentos de Hegel e os princípios da justiça distributiva.

44 *Op. cit.*, p. 550.

45 *Op. cit.*, pp. 551-552 (destacou-se).

46 HEGEL, G. W. F (trad. Paulo Meneses). *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 195.

47 SCHWARZENBACH, Sibyl A. Rawls, Hegel and Communitarism. *Political Theory*, vol. 19, n. 4, 1991, p. 555.

2.1 SISTEMA DE CARECIMENTOS HEGELIANO

Na apresentação da edição brasileira de *Filosofia do Direito* de Hegel, o professor Denis Lerrer Rosenfield esclarece que o sistema de carecimentos é um dos conceitos chave da “sociedade-civil-burguesa” propugnada pelo filósofo de Stuttgart, como parte do conceito de “sociedade civil. Para Rosenfield:

O ‘sistema de carecimentos’ é o conceito que exprime relações de troca, próprias de uma economia de mercado, que, assim, se desenvolve. Ou seja, Hegel pensou o mercado que então se desenvolvia em suas relações impessoais, em que as necessidades, os carecimentos de cada um, são satisfeitos por intermédio dos carecimentos de outros, em trocas impessoais que se fazem em escalas regional, nacional e internacional. Hegel, nesse sentido, é o pensador de uma economia de mercado que estabelece relações contratuais entre os indivíduos, independentemente do Estado, o qual não tem - nem deve ter - nenhuma ingerência nessa área. Não cabe ao Estado interferir nos processos econômicos, salvo em situações de catástrofe natural ou de guerras. A economia de mercado, o “sistema de carecimentos”, possui regras que lhe são imanentes, que regulam o seu processo, o seu modo de funcionamento⁴⁸.

Para Benson, o sistema de carecimentos, enquanto derivado da relação contrato-mercado, constitui o conceito essencial para interrelacionar os princípios de sua teoria com os princípios de justiça Rawlsianos. Essa interrelação é inspirada na noção de “divisão de trabalho” de Rawls, proposta na Conferência VII de “O Liberalismo

48 ROSENFELD, Denis Lerrer. Apresentação. In: *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, p. 13.

Político”, que discute a estrutura básica da sociedade⁴⁹. Para ele, essa estrutura é o “objeto primeiro da justiça”⁵⁰, tornando-se necessário propor uma divisão de trabalho entre as normas estatais que a compõem e as normas contratuais⁵¹.

Para Benson, o sistema de carecimentos explica a função dos princípios específicos de sua teoria, assim permitindo diferenciá-los dos princípios subjacentes de justiça distributiva, por meio da divisão de trabalho de origem Rawlsiana. Nesse esforço metodológico, Benson firma sua premissa fundamental: sua concepção jurídica de contrato “não exclui a possibilidade da primazia regulatória dos princípios distributivos”⁵². Como, então, estabelecer essa divisão de trabalho?

Em primeiro, reconhecendo que, ao partir do duplo poder moral que se falou anteriormente, a concepção jurídica de contrato em Benson pode implicar desigualdade extrema, uma vez que abstrata, dissociada do meio e do que consistiria “carecimento” na visão hegeliana⁵³. Em segundo, evidenciando que a operacionalização de tal concepção jurídica não impede que se estabeleça uma base pressuposta de direitos mínimos de caráter distributivista⁵⁴. Em terceiro, notando que a concepção não distributiva é, de fato, operacional. Isto é, que ela não se verifica apenas no plano abstrato, mas também em concreto a partir de um sistema de transações reais, a demonstrar que a mera

49 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2. ed., 2000, p. 309 (“a estrutura básica é entendida como a maneira pela qual as principais instituições sociais se encaixam num sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão de benefícios gerados pela cooperação social”).

50 *Op. cit.*, p. 309.

51 *Op. cit.*, p. 321 (para Rawls “se essa divisão de trabalho puder ser estabelecida, os indivíduos e associações ficam livres para realizar mais efetivamente os seus fins no interior da estrutura básica, com a segurança de saber que, em uma outra parte do sistema social, estão sendo feitas as correções necessárias para preservar a justiça básica”).

52 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, pp. 449-450.

53 *Op. cit.*, p. 451.

54 *Op. cit.*, p. 451.

potencialidade que revolve o plano abstrato se torna uma verdadeira necessidade para dar conta do real⁵⁵.

O uso do termo “sistema” não é aleatório, uma vez que é justamente o sistema de carecimentos de Hegel que, para Benson, funciona como a base comum normativa entre a concepção jurídica de contrato de Benson e os princípios de justiça distributiva. Viabiliza-se, desse modo, a divisão de trabalho.

De um lado, a concepção jurídica de contrato exerce um *papel institucional e formal*, assegurando à pessoa, enquanto integrante desse sistema, uma base mínima normativa que possa lhe dar segurança e previsibilidade mínima no ato de contratar (i.e., de transferir propriedades)⁵⁶. Essa preocupação está no cerne da teoria de Benson, sendo recorrentemente lembrada⁵⁷.

De outro lado, os princípios de justiça distributiva atuam como motivadores da cooperação intrassistêmica entre as pessoas que o integram. Neste particular, Benson reconhece que o sistema de carecimentos é um sistema de cooperação social, que seus integrantes lançam mão para alcançar seus interesses *subjetivos*. É nesse quadro particular, do plano concreto (material), que se inserem os princípios de justiça distributiva, como se examinará na seção final deste texto.

55 *Op. cit.*, p. 452.

56 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 453 (“exercendo a função institucional, o direito contratual endereça determinadas deficiências em relações de mercado que somente a lei pode remediar. Ele proporciona regras prontamente compreensíveis e praticáveis que todos os contratantes precisam ter condição de aplicar em suas transações particulares para que tenham condição de efetiva e livremente cumprir seus interesses particulares e bem-estar a partir da participação de mercado”).

57 *Op. cit.*, p. 109.

2.2. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E TERCEIRO PODER MORAL

De início, remete-se à distinção de Ernest J. Weinrib entre a justiça corretiva, de raiz aristotélica⁵⁸, e justiça distributiva: “justiça corretiva é a ideia que a responsabilização corrige a injustiça infligida por uma pessoa em outra ... justiça distributiva lida com a distribuição de qualquer coisa divisível ... entre os participantes de uma comunidade política”⁵⁹. Justiça distributiva se verifica “se todos são titulares dos ativos que fazem jus a partir de sua distribuição”⁶⁰, como esclarece Robert Nozick no seminal artigo *Distributive Justice*, de 1973⁶¹.

Benson trabalha o conceito de justiça distributiva a partir dos dois princípios de justiça de Rawls: acesso igualitário a um sistema de liberdade fundamentais iguais e justificação específica para desigualdades sociais e econômicas⁶². Mais que isto, Benson também parece se inspirar nas duas capacidades morais de Rawls⁶³ – a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem⁶⁴. São essas capacidades que, no entender de Rawls, permitem

58 BRICKHOUSE, Thomas. Aristotle on Corrective Justice. *The Journal of Ethics*, vol. 18, n. 3, 2014, p. 187 (διορθωτικοὺν δίκαιον “justiça corretiva é uma parte particular da justiça que se preocupa com a retificação de injustiças a partir do que ele chama de ‘interações’ ... entre pessoas”).

59 WEINRIB, Ernest J. Corrective Justice in a Nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 52, n. 4, 2002, p. 349.

60 NOZICK, Robert. Distributive Justice. In: *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 3, n. 1, 1973, p. 47.

61 Note que tanto Benson quanto Schwarzenbach questionam a aplicabilidade de Nozick para a compreensão de Rawls. Confira BENSON, Peter. Rawls, Hegel, and Personhood: A Reply to Sibyl Schwarzenbach. *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994, p. 494; e SCHWARZENBACH, Sibyl A. A Rejoinder to Peter Benson. *Political Theory*, Vol. 22, n. 3, 1994, p. 502.

62 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2. ed., 2000, p. 345.

63 Que não se confunde com o duplo poder moral discutido no capítulo antecedente.

64 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2. ed., 2000, p. 370.

que pessoas convivam de modo cooperativo em sociedade, a despeito de concepções de vida diferentes, chegando em consensos políticos⁶⁵.

A partir da interação entre pessoas emergem os pilares de justiça distributiva a animar as deliberações individuais em busca dos bens próprios de cada um. O sistema de carecimentos, por conseguinte, atua como motivador das trocas interpessoais, pelo qual cada pessoa pode satisfazer seus interesses particulares. Nasce daí o terceiro poder moral inerente à pessoa. Nas palavras de Benson:

O fato de que os contratantes têm e perseguem determinados propósitos e interesses é em si um base para pretensões legítimas. Eles não são vistos simplesmente como tendo o poder moral poder de ser independente, mas, *além disso, são reconhecidos como tendo um poder moral poder de ter e de almejar uma concepção determinada de seu bem*. Para tanto, precisam de bens e meios substantivos, e é por intermédio da participação no sistema de carecimentos que esses são obtidos.

Considera-se, pois, como terceiro poder moral a aptidão da pessoa de ultrapassar o plano da abstração⁶⁶ inerente aos dois primeiros poderes morais para, *em concreto*, postular e perseguir o que lhe convém subjetivamente, o seu “bem” (na concepção de Rawls), seu interesse, seus objetivos. Benson registra que a existência desse terceiro poder moral permite a cooperação entre agentes de mercado para exercitar pretensões interpessoais em um sistema de carecimentos.

Sendo assim, Benson conclui inexistir incompatibilidade entre sua teoria do contrato e o sistema de carecimentos, eis que a primeira

65 Trata-se de brevíssima síntese extraída de SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 55.

66 BENSON, Peter. Rawls, Hegel, and Personhood: A Reply to Sibyl Schwarzenbach. *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994, p. 494 (Rawls mesmo reconhece que a definição do “bem” individual e seu atingimento não se dá em um plano abstrato).

incide no plano formal, enquanto o segundo no plano concreto, de sorte que os princípios subjacentes de justiça não infirmam a concepção jurídica de contrato de Benson; sobre ela incidem lateral e indiretamente, nunca diretamente em disputas contratuais, mas “sistematicamente por meio de, por exemplo, um sistema tributário”⁶⁷.

Chega-se aqui ao final dessa breve exposição dos três poderes morais desenvolvidos por Benson em sua Teoria do Contrato. Os dois primeiros, de ordem abstrata, permitem à pessoa se dissociar do meio em que vive para alcançar sua independência pura e, ao mesmo tempo, respeitar a independência pura dos demais, em uma escolha racional. O último deles, de ordem concreta, viabiliza a externalização de subjetividades pela pessoa no ato de postular perante as demais o que lhe aprouver, respeitados os paradigmas de justiça cuja incidência se mostrem necessários.

CONCLUSÃO

Esta reflexão pretendeu trazer luz ao entendimento de Benson sobre a pessoa enquanto sujeito do direito dos contratos. Trata-se, como se viu, de concepção eminentemente jurídica que busca, a um só tempo, servir de apoio para o desenrolar da Teoria do Contrato de Benson e, igualmente, constituir alicerce suficientemente sólido para dar conta de outras preocupações de justiça.

Embora de caráter não-distributivo, a teoria de Benson é sensível aos ideais da justiça distributiva, não no tocante às suas estruturas fundantes, especialmente quanto às regras de formação do contrato, mas sim aos aspectos não essenciais, tais como, no entender de Benson, as próprias motivações subjacentes ao ato de contratar. As “circunstâncias” não são desconsideradas, como poderia transparecer em um direito puramente não-distributivo, mas incidem em um

67 JIMÉNEZ, Felipe. Contracts, Markets, and Justice: On Peter Benson’s “Justice in Transactions”. *University of Toronto Law Journal*, vol. 71, n. 1, 2021, p. 25.

plano específico, concreto, em que a transferência de propriedade efetivamente tem aplicação prática.

REFERÊNCIAS

BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *William & Mary Law Review*, vol. 48, n. 5, 2007.

BENSON, Peter. External Freedom According to Kant. *Columbia Law Review*, vol. 87, n. 3, 1987.

BENSON, Peter. *Justice in Transactions: a theory of contract law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

BENSON, Peter. Rawls, Hegel, and Personhood: A Reply to Sibyl Schwarzenbach, *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994.

BENSON, Peter. The Idea of a Public Basis of Justification for Contract, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, n. 2, 1995.

BRICKHOUSE, Thomas. Aristotle on Corrective Justice, *The Journal of Ethic*, vol. 18, n. 3, 2014.

HEGEL, G. W. F. *Filosofia do Direito*. Trad. Paulo Meneses. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

JIMÉNEZ, Felipe. Contracts, Markets, and Justice: On Peter Benson's "Justice in Transactions", *University of Toronto Law Journal*, vol. 71, n. 1, 2021.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

NOZICK, Robert. Distributive Justice. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 3, n. 1, 1973.

ORTEGA y GASSET, Jose. *Kant Hegel Dilthey*. Madrid: Revista Del Occidente, 1972, p. 37.

ORTEGA Y GASSET, Jose. Meditaciones del Quijote. *In: Obras Completas*, tomo I, 7. ed., Madrid: Revista Del Occidente, 1966.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2. ed., 2000.

ROSENFELD, Denis Lerrer. Apresentação. *In: HEGEL, G. H. F. Filosofia do Direito*. Trad. Paulo Meneses. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

SCHWARZENBACH, Sibyl A. A Rejoinder to Peter Benson. *Political Theory*, vol. 22, n. 3, 1994.

SCHWARZENBACH, Sibyl A. Rawls, Hegel and Communitarism, *Political Theory*, Vol. 19, n. 4, 1991.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

WEINRIB, Ernest J. Corrective Justice in a Nutshell, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 52, n. 4, 2002.

PROPRIEDADE COMO REPRESENTAÇÃO EM PETER BENSON

André Maciel Silva Ferreira

INTRODUÇÃO

Leitores brasileiros da obra de Peter Benson poderiam se deparar com dificuldades iniciais na transposição de suas ideias ao contexto em que estão familiarizados. A proposta do autor, todavia, deve ser capaz de responder a tal desafio, visto que pretende, em especial com seu livro de 2019 “*Justice in Transactions*”, realizar uma análise das concepções implícitas às diferentes doutrinas e interpretações do direito privado que possam auxiliar na construção conjunta de sentido entre os diferentes sistemas jurídicos¹.

Embora trabalhe com um direito privado marcado pelas peculiaridades e especificidades do *common law*, sua teoria deve ser vista como abrangente, uma vez que objetiva atingir uma base pública de justificação, não com implicações territoriais (escopo exclusivo de países anglo-americanos) mas com indicações propriamente normativas, que representem a forma de se interpretar de forma pervasiva as doutrinas jurídicas contidas nessa prática.

Essa concepção unificada da relação contratual tem como pedra de toque fundamental em seu trabalho a noção de contrato “*involving a transfer of ownership between the parties*”^{2 3}. Embora o autor proponha-

1 Esse é o objetivo declarado de Benson: “[...] [A] teoria se propõe a discernir que o que é implícito nas doutrinas da *common law* é uma concepção geral unificante da relação jurídica contratual que, ao se fazer explícita, é inteligível em seus próprios termos e pode, portanto, animar demais sistemas contratuais não pertencentes à *common law*.” (Tradução livre). No original: “[...] [T]he theory purports to discern as implicit in *common law* doctrines is a unifying general conception of juridical contractual relation that, when made explicit, is intelligible in its own terms and may therefore animate other non-common law systems of contract”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 29.

2 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 21

3 “Envolvendo uma transferência de propriedade entre as partes” (tradução livre). As razões para a tradução do termo *ownership* por propriedade serão expressadas ao

se a abordar a noção de *ownership* como saliente à prática jurídica, é certo que sua maneira de interpretar representa, em especial em seu livro de 2019, marca distintiva de uma teoria res-significadora de conceitos. No entanto, é também importante ressaltar que a *ownership* em Benson não é vista como um conceito próprio e específico e que não corresponde à prática que deseja explicar. Assim, é necessário um trabalho de interpretação de seu sentido jurídico, para evitar sua imanentização, como se correspondesse a algo genuinamente distinto e sem correspondência.

Tendo em vista referida concepção, o trabalho busca investigar o significado e repercussão jurídica da *ownership* adquirida, em conversa com outros pontos de sua teoria, e qual seria a melhor interpretação de seu significado jurídico.

Para responder a esse desafio, a dimensão semântica da questão é de relevante interesse, visto que a hipótese a ser defendida é que o conceito bensoniano de *ownership* implica na visão de que o contrato serve, propriamente, para a transmissão de propriedade. O sentido da propriedade que se adquire é, no entanto, propriamente representacional, no que consiste o principal ponto de argumentação de Benson.

Assim, trabalhando essa hipótese, o primeiro capítulo pretende defender e explicitar a tese de que o contrato, para Benson, é um modo de transferir propriedade representacional sobre bens que possuem valor, abstraído de concretude física. O objetivo do segundo capítulo é demonstrar a importância que o critério representacional assume na teoria de Benson, em contato as com demais partes da teoria contratual desenvolvida em seu livro *Justice in Transactions*. O terceiro e último capítulo fará uma análise retroativa da obra de Benson, em especial de seu artigo *Contract as transfer of ownership*, de 2007, para demonstrar como o critério representacional impacta concepções prévias do autor.

longo do trabalho.

1. OS DIFERENTES SENTIDOS DE OWNERSHIP

Inicialmente, é necessário empreender uma tarefa, na própria dimensão da linguagem, que permita apreender o sentido próprio de *ownership* na obra de Benson, que é caracterizada como propriedade sobre um bem, propriedade essa que assume uma dimensão inicial exclusivamente representacional – enquanto propriedade transacional apenas. Como será demonstrado, a linguagem como *medium* de comunicação de sentido é crucial para a empresa de Benson, o que justifica a análise nessa dimensão inicial.

1.1 OWNERSHIP COMO PROPRIEDADE

A obra literária de Benson, quanto ao tema da *ownership*, é marcada pela contraposição constante com a figura da *property*, bem como pelas relações que esses conceitos estabelecem com as formas de aquisição originária (*original acquisition*) e derivada (*transactional acquisition*).

Na visão do autor, a *ownership* consiste em um termo guarda-chuva que abriga dentro de si a noção de poder e controle sobre coisas externas. Aquele que detém a *ownership* sobre um bem específico tem a capacidade jurídica de excluir os demais de tratar a coisa como se deles fosse⁴, contendo nesses termos um poder concreto de submeter algo a seus próprios fins.

Ownership configura um conceito relacional, uma vez que o controle sobre algo só se dá mediante e perante outras pessoas, por meio de atos externos que razoavelmente são entendíveis pelos demais membros de uma comunidade como atos de *ownership*. Da relação intrínseca que Benson retira desse conceito com a importância dos poderes externos, depreendem-se duas consequências.

4 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1703. Assim também em BENSON, Peter. Philosophy of Property Law. In: Coleman & Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002. p. 752-814. p. 781.

A primeira é que o poder de excluir os outros de tratar a coisa como se deles fosse não implica, por si só, generalidade no uso do poder. Essa faculdade pode ser dirigida ou limitada a pessoas específicas e circunstâncias limitadas ou pode se dar de forma indeterminada. A marca da indeterminação, que provém da dimensão *in rem* de um poder concreto, só está presente na *property*, que é uma instância particular da *ownership*⁵.

A segunda é que a demonstração de controle sobre um bem pode se dar de diversas formas, e não apenas pela expressão física de poder sobre algo. De fato, a posse no sentido concreto do termo figura como uma indicação e um indício de que aquele que a detém possui poder sobre a coisa e é, portanto, quem detém *ownership*⁶. No entanto, se o critério é a representação razoável externa de poder, a posse é apenas uma de suas instâncias: existiria uma equivalência na forma de exercício do controle sobre um bem, representado pelas dimensões da sua apropriação, uso e disposição⁷. O sujeito que dispõe

5 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1693. Benson comunica essas ideias de forma direta: “Propriedade é uma concepção mais geral que consiste em qualquer direito à exclusiva posse, uso ou alienação de algo contra outro ou outros. [...] Enquanto direitos proprietários são adquiridos por atos unilaterais de vontade que, requerem inicialmente ocupação física de uma coisa externa corpórea, direitos contratuais são adquiridos por meio dos atos relacionalmente mútuos de duas partes sem a necessidade de ocupação física” (tradução livre). No original: “Ownership is a more general conception consisting of any right to exclusive possession, use, or alienation of something as against another or others. [...] Whereas property rights are acquired by a unilateral act of will that requires initial physical occupancy of an external corporeal object, contractual rights are acquired through the mutually related acts of two parties without the necessity of any physical occupancy”. (BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1719) Benson parece equivaler a propriedade estrita a um modo de aquisição específica; no entanto, após a performance contratual, a parte adquirirá na totalidade todos os poderes contra os outros, de forma que não parece apropriado retirá-la dessa classificação.

6 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1699.

7 “Porque o direito à propriedade é definido em abstração de todos os fatores diferenciadores, é o mesmo direito no seu delongar e é idêntico em todas as instâncias de exercício. Sem isso, não seria possível conceber que uma mesma coisa pode ser transferida de um proprietário inicial para uma segunda parte” (tradução livre). No original: “Because the right of ownership is defined in abstraction from all differentiating factors, it is the same right throughout and it is identical in every instance of its exercise.

sobre algo perante outro exerce visualmente e externamente um ato de *ownership*, mesmo que o bem não esteja presente no momento.

Feitas tais considerações, apreende-se que a *ownership* é, na realidade, a propriedade sobre um bem, objeto no qual incidem os poderes que se detém. Se há uma equivalência entre todas as formas de exercício da *ownership*, então todas as suas dimensões configuram uma instância de sua existência. E o poder de dispor contratualmente de um bem é faculdade [poder] do proprietário. O proprietário é o sujeito de direito que, exercendo a capacidade de não ser mais proprietário, apresenta externamente seu poder sobre algo – *ownership*.

Propriedade transmite, assim, o significado jurídico se que busca imprimir – é necessário atentar, todavia, que existem dois tipos distintos de propriedade: propriedade em sentido estrito – *property* – que vem e se concretiza com a tradição ou aquisição originária, que é o poder concreto sobre um bem individualizado, à exclusão de todos os outros; e propriedade representacional, adquirida contratualmente, que consiste em poderes concretos sobre coisas abstratas em relação a pessoas definidas. A propriedade, nesse contexto, ainda se dá em relação aos poderes que são detidos pelo proprietário, sem fazer referência ao objeto especificamente contratual sobre o qual incidem tais faculdades. A essa questão será dedicada a próxima seção.

1.2 PROPRIEDADE COMO REPRESENTAÇÃO

A propriedade, como indicado, é um conceito relacional e que se perfaz pela existência de um contexto comunitário em que as pessoas se reconhecem como detentoras de controle e poder sobre as coisas em geral. A propriedade sempre incide, nesses termos, sobre coisas que possuem valor, em relação a outra pessoa ou a todos em geral.

Without this, it would not be possible to conceive of one and the same right being transferred from an initial owner to a second party.” BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1703.

A propriedade, portanto, possui uma importância valorativa que lhe é intrínseca; valor, no entanto, consiste em uma dimensão que não é puramente física, visto que é possível atribuir valor inicialmente independente de um substrato material que o suporte. Justamente pelo valor consistir, para Benson, em uma dimensão do social, é possível a apropriação, em primeiro plano, do valor que uma coisa representa, mas não necessariamente sobre a coisa em si. É nesse sentido que direitos contratuais são tidos por existentes e com relevância no fenômeno jurídico, podendo ser transacionados mesmo em momento anterior à performance.

Nesse sentido, a aquisição de propriedade contratualmente operada é, antes de tudo, representacional, pois se dá como transmissões de significado, no campo da linguagem, ainda não complementadas por aportes materiais e físicos; transmite-se o sentido de propriedade e o sentido de ser proprietário (ter controle). Há uma existência puramente ideal: o objeto transferido tem a forma de um valor⁸, abstraído da concretude física, que é reconhecido pelas partes e pelos demais.

Os objetos transacionados são representações de algo, representações que tomam forma de um valor. A representação, por óbvio, faz referência a algo que está sendo representado – um bem concreto específico. Todavia, em razão da capacidade de abstração

8 “[V]alor é o apropriado conteúdo da propriedade quando esta é vista como relacional e na forma de representação” (tradução livre). No original: “[V]alue is the proper content of ownership when ownership is viewed as relational and in the form of representation”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 423. Ao explicar como se dá a relação entre proprietários que interagem por meio do contrato, Benson explica que a transação deve poder ser explicada como uma relação em que ambas as partes são, ao mesmo tempo, proprietárias do mesmo bem ao mesmo tempo. É isso que permitiria tanto o ato de aquisição quanto de disposição recíprocos. Referida dimensão paradoxal e recíproca somente pode se dar enquanto representação. Em termos de valor, isso significa que “valor é a dimensão de igualdade abstrata dos objetos de uma transferência, de forma paralela à igualdade abstrata das partes que realizam a transferência” (tradução livre). No original: “value is the dimension of abstract equality of the objects of a transfer paralleling the abstract equality of the parties who do the transfer”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 387.

que é atribuída aos indivíduos, a aquisição de propriedade pode se dar antes pela aquisição exclusiva da representação, mas não sobre a coisa em si.

A transação contratual faz-se em atenção a um bem representado, mas no momento da formação, em que as partes se reconhecem mutuamente como detentoras do poder de dispor, o objeto está presente apenas enquanto função representativa, entendida essa como o método simbólico pelo qual as coisas possuem valor em um contexto social. O *medium* da linguagem é, nesses termos, essencial à análise de Benson, pois fornece os subsídios comunicativos necessários para que uma troca entre as partes seja genuinamente performativa, no sentido de que transacionar por representações têm influência nas coisas por elas representadas⁹.

Com isso, a propriedade deixa de ser definida a partir dos poderes e controles inerentes à posição de proprietário, e tem como referência um objeto específico, que é um símbolo externo, dotado de significância jurídica pelos membros de uma comunidade¹⁰.

9 “Ainda, porque essa relação de vontade para vontade existe no *medium* dos atos representacionais que são objetivamente vistos como comunicações de significados, a tendência inerente é que essa relação seja expressa explicitamente na forma intelectual de uma declaração unificada que incorpora a decisão conjunta das partes. O momento do acordo tem essa determinada existência puramente ideal, que é mais apropriadamente incorporada na linguagem ou em outra forma simbólica; e, sendo um *medium* de comunicação que tem um determinado conteúdo e contexto [...]” (tradução livre). No original: “Further, because this relation of will to will exists in the medium of representational acts that are objectively viewed as communications of meanings, the inherent tendency is that this relation be expressed explicitly in the intellectual form of a unified declaration that embodies the parties’ joint decision. The moment of agreement has a purely ideal determinate existence, which most suitably is embodied in language or other symbolic form; and, being a medium of communication that has a determinate content and context [...]”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 385.

10 Benson assim apresenta a relação contratual, em relação ao elemento ideal e simbólico: “Essa relação entre assentimentos, sendo explicitamente representacional, agora está incorporada em um elemento que é adequado para a assinalar, notadamente, pelo uso de palavras ou equivalentes em conduta simbólica, e, portanto, em um modo que é aquilo que significa e representa” (tradução livre). No original: “This relation between assents, being explicitly representational, is now embodied in an element that is adequate to signal this, namely, via the use of words or their equivalent in symbolic conduct, and therefore in a mode that is what it signifies and represents.” BENSON, Peter.

Propriedade contratual incide no objeto de uma representação, a qual as partes detêm capacidade de apropriação, uso e disposição¹¹.

2. DIFERENTES PONTOS DE ANÁLISE DA PROPRIEDADE REPRESENTACIONAL

Benson não foge de assumir a dimensão propriamente ideal de sua teoria contratual, entendendo que essa não deve ser negada, em se tratando de uma relação mútua em que ambas as partes se reconhecem enquanto proprietárias, podendo realizar a troca entre si desses direitos representados no momento de formação. A ideia de a propriedade contratual ser sobre a representação de um bem e não sobre a coisa concreta aparece no livro *Justice in Transactions*, notadamente em determinados pontos de sua teoria: nos dois sentidos distintos de valor; no significado jurídico da tradição; e nos diferentes remédios contratuais adequados a cada situação.

2.1 PROPRIEDADE COMO VALOR DE USO E VALOR DE TROCA

Tendo em mente que a propriedade contratual adquirida assume primariamente a posição de um valor, destaca-se na teoria bensoniana duas dimensões representacionais distintas dessa coisa: uso e troca.

Na primeira dimensão, a coisa adquirida possui como parte constituinte um valor de uso específico, objetivado e querido pelas

Justice in Transactions: A Theory of Contract Law. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 338.

¹¹ “Mas um direito à exclusiva posse física e ao valor do objeto ou serviço tem caráter proprietário, pertencendo a quem lhe é dono. Entre as partes, portanto, o postulante é dono da coisa contratada” (tradução livre). No original: “*But a right to the exclusive physical possession and the value of an object or service is proprietary in character, belonging to him or her who is its owner. As between these two parties, therefore, the plaintiff is owner of the thing contracted for.*” BENSON, Peter. *Philosophy of Property Law.* In: Coleman & Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law.* Oxford University Press, 2002. p. 752-814. p. 783.

partes contratantes. A representação da coisa, nesses termos, tem atenção ao valor que ela tem enquanto objeto de poderes concretos.

O que está sendo transferido é, com efeito, o objeto da performance que é devida em um momento futuro, e não o que os contratantes detêm em título ou em fato, pontua Benson¹². Assim, entende-se que é um objeto de interesse das partes que entram em uma relação contratual. A coisa transmitida no momento de formação é uma utilidade abstrata que uma coisa concreta poderá lhe conferir, sendo essa utilidade inclusive transacionável anteriormente à performance.

Em termos representacionais, o objeto do contrato é sempre um bem de uso específico¹³, que tem valor para a parte que dele dispõe (uma vez que receberá algo em troca), e tem valor para a parte que adquire (que escolheu abdicar de algo para tê-lo em troca).

Na segunda dimensão, o que se adquire contratualmente sempre deve poder ser expresso enquanto um valor hábil à realização de trocas entre as pessoas; com efeito, o bem representado possui um determinado valor de mercado, e é por esse valor que as partes transacionam entre si. A dimensão do valor de troca deixa claro o caráter representacional da propriedade: antes de dizer respeito ao bem concreto, as partes adquirem na formação o valor que esse bem

12 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 353.

13 “Propriedade é sempre de um determinado objeto que pode ser usado” (tradução livre). No original: “[O]wnership is always of some determinate object that can be used”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 376. Benson assevera que a teoria da consideration permite assegurar que o contrato seja “genuinamente uma relação bilateral constituída por dois objetos qualitativamente diferentes, cada um do qual é algo que pode ser razoavelmente visto como usável pela parte a quem a consideration se move na formação do contrato, a partir daí transferindo direitos de controle exclusivo de promissário a promitente” (tradução livre). No original: “genuinely two-sided relation constituted by two qualitatively different objects, each of which is something that can be reasonably viewed as usable by the party to whom the consideration moves at contract formation, thereby transferring exclusive rightful control from promisee to promisor”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 179.

detém junto a uma prática institucionalizada de troca entre pessoas que se reconhecem como proprietárias.

Quando valor é sistematicamente e generalizadamente estabelecido de tal forma que diversos objetos distintos de troca, tanto presentes quanto futuros, são simultaneamente comparáveis em termos pura e quantitativamente relacionais, valor toma a forma de preço. Assim entendido, preço é representação de um ponto de vista sistêmico e geral.¹⁴

O “valor” é, assim, propriamente o objeto da aquisição contratual. Enquanto representação valorativa de algo, tanto no sentido de utilidade prática quanto de utilidade inter-relacional, a propriedade contratual permite que as partes efetivamente se vejam como adquirindo algo no momento do acordo.

14 No original: “When value is systematically and generally established such that indefinitely many different objects of exchange, both present and future, are simultaneously comparable in purely quantitative relational terms, value takes the form of price. So understood, price is therefore representation from a general and systemic standpoint”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 423. Em sentido semelhante, o autor dispõe: “Pois valor é a substância indestrutível e imutável do objeto representado da aquisição quando essa substância é totalmente relacional e completamente independente de posse física. É a dimensão dos objetos que os fazem contar não como entidades particulares concretas que podem acabar por ser, mas ao seu significado em relação a outras coisas vistas da mesma maneira.” (Tradução livre). No original: “For value is the indestructible and unchanging substance of the represented object of acquisition when this substance is fully relational and completely independent of any physical holding. It is the dimension of objects that makes them count not as the particular concrete physical entities that they happen to be but as what they are supposed to signify in relation to other things viewed in the same way”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 340. O valor de troca também serve para mostrar a identidade entre as coisas adquiridas em termos de representação. Quando os sujeitos trocam X por Y, e ambos possuem o mesmo valor de troca, efetivamente os proprietários continuam sendo donos do mesmo valor, não alterando sua posição. BENSON, Peter. *Philosophy of Property Law*. In: Coleman & Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002. p. 752-814. p. 784.

2.2 SIGNIFICADO JURÍDICO DA TRADIÇÃO

Como ressaltado anteriormente, se o contrato em si já transfere a propriedade, é necessário explicar quais os efeitos jurídicos que advêm da tradição e da performance do contrato. Para garantir a integridade da empreitada bensoniana de construção de uma visão unitária do direito contratual enquanto modo próprio de transferência, a tradição propriamente não deve ser vista como incluindo algo que já não estivesse presente no momento de formação.

Para isso, o critério de representação novamente é de valia. Isso porque a aquisição de propriedade é operada em sentidos distintos, mas complementares, entre formação e performance. Com o contrato, os contratantes transmitem entre si o sentido de ser proprietário de um determinado bem, entendido isso enquanto deter poder de controle sobre algo e excluir os demais. Por ser exclusivamente representacional, somente pode atuar na dimensão dos incluídos no processo de comunicação operado – seja das partes, seja de terceiros que possuam ciência comprovada da existência e dos termos da operação¹⁵.

Com a tradição, acrescenta-se apenas a plena potência *in rem* sobre um bem individuado, isso é, o poder de incluir pessoas indeterminadas nessa possibilidade de exclusão. O sentido de direitos *in rem* nesse caso não é de uma dimensão qualitativamente distinta,

15 Ao abordar as repercussões de um contrato perante terceiros, no campo do que denomina de “efeitos reais da obrigação contratual” (*proprietary effects of contractual obligation*), Benson pontua a necessidade de que a parte não contratante tenha ciência da contratação, de forma a não ser pega de surpresa ao ver que suas ações impactaram nos termos de um acordo do qual não participou. “Nós vimos que, como parte dessa análise, o terceiro demandado deve, ao menos implicitamente, reconhecer e tratar especificamente o interesse in personam do promissário na performance como um bem valioso sobre o qual o promissário tem o controle exclusivo e presente [...]” (tradução livre). No original: “We have seen that as part of this analysis, the third-party defendant must, at least implicitly, specifically recognize and treat the promisee’s in personam performance interest as a valuable asset over which the promisee has present exclusive control [...]” BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 99.

mas de uma publicidade¹⁶ que dota o direito representacional de operabilidade contra todos os demais, visto que a posse física é, de pronto, ato externo de controle visível.

Dessa forma, posse física obtida por meio da tradição representa a expressão final de transferência de propriedade que é estabelecida completa e plenamente na formação do contrato. O papel da posse em assegurar publicidade não é independente do contrato mas, pelo contrário, está totalmente integrado como parte do sentido e da operação da aquisição transacional. [...] No contrato, é a representação, não a coisa física, que é toda a realidade jurídica e é pervasivamente regulativa. (Tradução livre).¹⁷

Não se inclui nada ao direito da formação, porque a representação da coisa entregue já estava presente no meio de comunicação das partes¹⁸. O que a tradição faz é concretizar o que está

16 “[] [T]omar a posse por meio da tradição não aperfeiçoa o poder contratual de estabelecer direitos, que é completo na formação do contrato. Em vez disso, apenas faz esse poder operativo frente a terceiros por meio de aviso público apropriado. Ao trocar o local da posse física do promitente para promissário, a entrega fornece o tipo de aviso geral e indeterminado que é necessário para vincular terceiros que podem não ter noção da existência do contrato” (tradução livre). No original: “[...] *[T]aking possession via delivery does not perfect the rights-establishing power of the contract, which is whole and complete at contract formation. Instead, it only makes this power operative vis-à-vis third parties through the provision of appropriately public notice. By changing the locus of rightful physical possession from promisor to promise, delivery provides the kind of indeterminately general notice that is necessary to bind third parties who may not have specific notice of the contractual relation itself*”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 359.

17 No original: “*In this way, physical possession obtained via delivery represents the final expression of the transfer of ownership that is established completely and fully at formation. The role of possession in ensuring publicity is not independent of contract but, to the contrary, is fully integrated as part of the meaning and operation of transactional acquisition. [...] In contract, it is the representation, not the physical thing, that is the whole juridical reality and is regulative throughout.*” BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 359.

18 Benson também assevera que a performance apenas dá ao contratante a disponibilidade física para que possa usar livremente daquilo de que já era dono.

sendo representado: tanto para as partes, que detêm o bem objeto da transação, quanto para terceiros indeterminados, que tomam conhecimento do que se havia operado apenas no meio linguístico.

2.3 VALOR NO MOMENTO DA QUEBRA

A propriedade representacional, que advém da transação das partes na formação, pode ser lesada no caso em que algum ou ambos os contratantes não entreguem o bem que é devido e que já não é mais de sua titularidade. A análise do valor representativo da propriedade interfere com especial força nos diferentes remédios que Benson verifica no momento da quebra do contrato, adquirindo forças específicas dependendo do tipo de bem e do tipo de valor que ele simboliza.

Uma primeira forma remedial identificada por Benson diz respeito à quebra do contrato de entrega de bens fungíveis; nesse caso, a indenização compensatória deve mirar em disponibilizar ao contratante lesado a capacidade econômico-financeira de adquirir o mesmo bem por meio de outras trocas no mercado. Em se tratando, todavia, de bens infungíveis, o remédio apropriado seria a tutela específica quanto às obrigações de entregar coisas.

A justificação para essa divisão institucional de remédios seria o critério da adequação, hábil a tutelar o que intitula interesse possessório na performance (*performance interest in possession*)¹⁹: ambas as formas de tutela buscam colocar o contratante na posição de ter posse atual do objeto contratual, seja por meio da disponibilização dos custos razoáveis para obter a coisa genérica de outro contratante, seja por meio da entrega de bem específico. Assim expõe o autor:

Assim, ao receber a coisa, já a recebe como proprietário. BENSON, Peter. *Contract as a Transfer of Ownership*. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1725-1726.
19 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 268.

[O] postulante deveria ser confinado à compensação monetária em vez de à performance específica apenas quando a indenização colocaria o postulante na mesma posição, em todos os aspectos materiais, em que ele estaria caso tivesse obtido a performance em espécie da obrigação contratual em questão. Assim, onde a indenização é plenamente adequada, atinge a mesma justiça integral que seria obtida pelo remédio da performance específica. Ambos procuram assegurar, até o limite do possível na situação pós quebra, a própria performance, especificada em termos quantitativos e qualitativos, a que o postulante tem direito de acordo com os termos contratuais. A indenização e a performance específica são apenas duas rotas distintas para a mesma finalidade. (Tradução livre)²⁰

O mesmo critério aparece se considerado o caráter representacional da propriedade. Se o bem é fungível, as representações de seu valor recaem não sobre um bem específico, mas sobre a coisa enquanto incluída em uma categoria específica, porém repetível. A representação pode ser efetivada por meio de diversos bens representados; até algo ser entregue, não deixa de ser pura representação, isso é, algo que poderia ser de uma determinada forma. Se essa forma determinada não é exclusiva, a representação não pode recair sobre algo exclusivo, visto que aparece no contrato apenas como valor (de uso – utilidade de qualquer um dos bens – e de troca – condição suficiente e necessária para ser adquirido).

20 “[A] plaintiff should be confined to monetary damages instead of specific performance only where damages would put the plaintiff in the same position in all material respects as she would have been if she obtained performance in specie of the contractual obligations in question. Thus, where damages are fully adequate, they achieve the very same complete justice that would be accomplished by an in specie remedy. Both seek to secure, as far as possible in post-breach circumstances, the very performance, specified qualitatively and quantitatively, to which the plaintiff has a right in accordance with the contractual terms. The damages award and order of specific performance are merely two different routes to this same end.” BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 267-268.

Se o bem, todavia, não só pode vir a ser, mas deve ser de uma determinada forma, então a representação leva em conta um bem individualizado; qualquer outra coisa que fosse entregue não corresponderia à representação de valor que foi transmitido no momento do contrato. As partes transacionaram com algo em mente, uma representação única, e é essa que constitui a única forma de dar concretude à posse atual do objeto contratualmente representado²¹.

Uma outra forma de indenização identificada por Benson diz respeito à indenização puramente pelo valor de uma coisa, que ocorrerá quando um bem não puder ser obtido via mercado ou por meio da performance específica, como por exemplo pela perda da coisa ou por razões de *hardship*²². A esse tipo de indenização, Benson denomina compensação pelo valor perdido da performance (*compensation for lost performance value*)²³.

Referida compensação traduz com maior clareza a importância do critério representacional, uma vez que nesses casos a performance contratualmente devida e que se protraiu no tempo somente pode tomar a forma do valor que já representava no momento da formação do pacto.

Nos casos anteriores, ainda havia um possível substrato que embasava a representação; neste, a coisa só pode existir enquanto representação (valor de algo). O bem representado não pode ser entregue à parte, mas persistirá no símbolo valorado.

21 Essa ideia aparece em um artigo seu de 2002, em que explica que os expectation damages dão ao contratante o valor total que a coisa contratada representava, por meio do valor de troca; quando isso não for possível, apenas a performance específica é adequada. BENSON, Peter. *Philosophy of Property Law*. In: Coleman & Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002. p. 752-814. p. 782.

22 O instituto da *hardship*, para Benson, opera quando a performance contratual afeta de tal maneira os interesses do contratante inadimplente que ele teria que suportar custos não razoavelmente esperados no momento da contratação, sem que isso acarrete prejuízos ao conteúdo central da performance devida ao lesado. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 273.

23 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 273.

No entanto, em vez de almejar dar ao postulante os meios de obter a coisa particular qualitativamente prometida, a indenização é agora fornecida para representar o caráter da coisa como valor. [...] Ao obter posse, o postulante também necessariamente obtém o valor da coisa. Mesmo que a performance em termos substantivos não possa ser obtida via mercado ou por performance específica, seu valor permanece intocado e deve estar acessível ao postulante para assegurar que a performance – a consideration prometida – e a sua imunidade com respeito à performance não são tornados ilusórios pela quebra do réu. [...] O que ao postulante foi prometido não é valor per se no abstrato, mas algum bem determinado ou serviço que em si mesmo tem valor. O propósito da compensação é fixar o quantum desse valor perdido. (Tradução livre)²⁴

Assim, a coisa só pode vir a ser a comunicação simbólica operada pelas partes, que existe entre elas e foi por elas transacionada, efetivando a dimensão de propriedade transmitida.

3. AS DIFERENTES PERCEPÇÕES DE BENSON

A visão do contrato como transferência de propriedade é uma noção que acompanha a trajetória acadêmica de Peter Benson, estando presente em trabalhos anteriores à publicação de seu livro

24 No original: “*However, instead of aiming to give the plaintiff the means of obtaining the particular qualitative thing promised, damages are now given to represent the thing’s character as value. [...] By obtaining possession, the plaintiff also necessarily obtains the subject matter’s value. Even though the substantive performance cannot be obtained via market damages or specific performance, its value remains untouched and must be accessible to the plaintiff to ensure that the performance—the promised consideration—and her immunity with respect to that performance are not rendered illusory by the defendant’s breach. [...] What the plaintiff has been promised is not per se value in the abstract but some determinate asset or service that itself has value. The aim of damages is therefore to fix a quantum for this lost value*”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 274.

de 2019. É interessante notar, todavia, que o critério representacional não se encontra explícito nesses trabalhos anteriores, consistindo em verdadeira inovação interna à sua própria teoria.

No artigo de 2007, intitulado *Contract as transfer of ownership*, a ideia da transferência enquanto abstração transacional relativa às partes já estava presente. A ênfase nesse trabalho se encontrava na dimensão relacional da propriedade, que estaria presente na relação contratual. Para isso, a base e justificação de seu argumento consistiam na desnecessidade de contínua posse física para fins de demonstração externa de propriedade, sendo certo que proprietários podem de maneira externa e razoável apresentar atos de propriedade que não envolvem aportes de materialidade²⁵.

Nesse momento de sua obra, a base de transferência presente no contrato é justamente a demonstração da intenção concreta e imediata de dispor de um bem; o dever de entregar a coisa seria apenas o sentido normativo da transferência que já ocorreu.

Enquanto no caso da transferência física as mútuas manifestações de vontade se expressam na forma do dar e do obter físicos, essa não é a única forma em que isso pode ser feito. Nos contratos, a decisão de alienar e de se apropriar estão incorporadas no acordo, e não no dar e receber da posse física. Não há nada inerentemente problemático nas partes expressarem essa decisão pelo medium da linguagem que é, afinal de contas, o modo mais preciso pelo qual as partes podem transmitir mútuo assentimento uma para com a outra. (Tradução livre)²⁶

25 BENSON, Peter. *Contract as a Transfer of Ownership*. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1704.

26 No original: “Whereas in the case of a physical transfer the parties’ mutual assents are expressed in the form of physical giving and taking, this is not the only way it can be done. In contract, the decisions to alienate and appropriate are embodied in an agreement, not in the giving and taking of physical possession. There is nothing inherently problematic in the parties expressing these decisions through the medium of language which is, after all, the most precise means by which parties can convey mutual assent to each other.” BENSON,

Nesse artigo, Benson aborda três exemplos práticos que entende que apresentam dificuldades à sua teoria, sendo necessária sua abordagem para fins de coerência interna. O primeiro exemplo trata do contrato sobre serviços: em que medida seria possível dizer que um contratante tem propriedade sobre o fazer do outro?

Benson se posicionou no sentido de que a propriedade se dá sobre a forma externa, em que o poder de agir de uma parte foi transacionalmente limitado. As pessoas teriam poderes que as constituem, mas que podem ser expressos exteriormente, delas se desprendendo. Assim, o objeto da propriedade é a autoridade de determinar a forma de ação, de dar controle sobre a conduta alheia²⁷.

O segundo exemplo diz respeito à compra e venda de coisa ainda não existente/que ainda não se é dono: A vende para B um cavalo que A ainda não possui – como seria possível entender que houve transferência de propriedade no momento da formação contratual²⁸?

O autor, naquela oportunidade, entendeu que a resolução dependia de como o acordo deveria razoavelmente ser interpretado, apresentando duas possíveis soluções. A primeira, a que faz mera referência, é que, entre as partes, já havia propriedade do referido bem. A segunda, que desenvolve com mais afinco e parece privilegiar, seria no sentido de que estaria incluído no contrato um serviço de obter o bem; a promessa de um serviço seria o objeto de propriedade²⁹.

Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1705.

27 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1728-1729.

28 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1729-1730.

29 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1730. “A promessa de transferir o cavalo está condicionada à promessa de obtê-lo. Ambos os elementos do contrato, o serviço e a venda – entram no escopo da transferência contratual de propriedade” (tradução livre). No original: “*The promise to transfer the horse is conditioned by the promise to procure it. Both elements of the contract – the service and the sale – come within the scope of a contractual transfer of ownership*”. BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* p. 1673-1731. p. 1730.

O outro exemplo trata da venda de itens repetidos que o vendedor possui em grande quantidade: A tem diversos itens repetidos e vende um deles para B sem especificar qual – como entender sobre qual item B se tornou proprietário³⁰?

Em sua explicação, Benson ressalta que o fato de um objeto não ser único não o faz indeterminável ou não identificável. Seria suficiente que no momento da formação as partes especificassem o que contará como performance, por exemplo “um dos itens de A, tendo X característica e Y valor”³¹, para que a transferência de propriedade se dê sobre algo determinado.

Tendo tais considerações em mente quanto ao seu trabalho de 2007, depreende-se que, embora já presente menção à dimensão linguística, a caracterização da propriedade enquanto representação não tinha sido ainda desenvolvida. Tal noção é de vital importância ao seu projeto como um todo, visto que, até então, sua concepção de propriedade fazia referência predominantemente aos poderes do proprietário, mas não sobre o objeto da propriedade em si. Adquirir contratualmente propriedade significava adquirir equivalentemente os poderes de proprietário – apropriar, usar, dispor³². A ideia dos símbolos transmitidos permite a compreensão mais completa sobre o que as partes concordam e transacionam já no momento da formação, dando maior substância ao direito de propriedade transacional que tem como objeto a coisa prometida³³.

Assim, busca-se agora a aplicação do critério representacional de *Justice in Transactions* aos três cenários por ele apresentados e já relatados.

30 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1730.

31 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1731.

32 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1726.

33 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. 48 *William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731. p. 1723.

Quanto ao primeiro exemplo (contrato sobre serviços), no livro de 2019, Benson aborda a questão no sentido de que o fazer algo não pode pré-existir à relação contratual como se fosse algo separado e apropriável por qualquer um. Assim, o que se tem antes da transação é apenas o poder de fazer algo, que se torna “expresso como um ato alienável ou serviço apenas quando especificado como parte da mesma interação pela qual eu transfiro [o poder] do meu controle exclusivo para o seu”³⁴. Como fica claro, a transferência que se opera não é de algo que pré-existe ao acordo, como se necessitasse de uma materialidade subjacente. O serviço existe enquanto modo de representação entre as partes, que o veem, no plano ideal, como uma manifestação de sentido que se transmite de um para o outro e que já é dotado de valor. Mesmo que o serviço não venha a ser fornecido, não significa que ele já não existia no momento do acordo, na forma do símbolo externo transacionalmente relevante.

Quanto ao segundo exemplo (compra e venda de coisa que ainda não se é dono), pelo critério representacional, parece que a solução de que já havia propriedade sobre o bem é mais consentânea com seu posicionamento atual. A parte que transaciona coisa inexistente ou ainda não sob seu poder o faz enquanto dono presente da representação de valor. O valor é, no momento contratual, a expressão da propriedade transacionada. Assim, no momento da formação, a parte estaria se apresentando enquanto dono do valor representativo de um objeto – não seria relevante naquele momento contratual saber se o objeto representado já possuiria existência concreta. Mesmo que a coisa não viesse a existir, ainda responderia pelo valor dela, conforme compensação pelo valor perdido da performance.

Por fim, no que tange ao terceiro exemplo (venda de itens repetidos), novamente o critério representacional vem ao auxílio do autor. O objeto da transação estaria especificado na formação porque

34 No original: “*expressed as an alienable act or service only if specified as part of the very interaction by which I transfer it from under my rightful control into yours*”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 341. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 341.

não leva em conta um bem físico específico e individualizado, mas sua representação na forma de um valor. Na verdade, o contrato nesse caso não faz referência aos diversos objetos, mas aos valores que estes detêm ou são hábeis a representar; irrelevante, portanto, que A tenha um, nenhum ou mais de um dos itens, porque o objeto do contrato é a representação destes e não estes em si³⁵.

Como abordado anteriormente, até o momento da entrega, o bem existe apenas no meio representacional e comunicacional inter partes. Não deixa de ser determinado, visto que a determinação está presente nas duas dimensões distintas de valor.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou explicar as repercussões de uma propriedade exclusivamente representacional, que advém de um contrato, em conexão com diferentes pontos que identificam o direito privado como uma prática coerente de maneira interna.

Assim, partindo das próprias considerações do autor sobre o sentido representativo da propriedade contratual – princípio unificante –, foi possível auxiliar na construção de uma visão coerente do direito contratual enquanto modo próprio de transferência.

A construção, a que se pretendeu apenas fornecer subsídios iniciais, se deu na dimensão da linguagem utilizada (*ownership* como propriedade e como representação de propriedade), na dimensão

35 “[] [A] substância da consideration pode ser qualquer coisa determinada que possa ser expressa ou representada em palavras ou equivalente como conteúdo usável ou querido definitivamente prometido por (e, portanto, movido por) um lado para o outro independente de condições espaciais ou temporais. No momento da formação, o objeto pode ser genérico em descrição, meramente determinável, e até mesmo não existente ou qualificado em referência a condições externas futuras [...]” (tradução livre). No original: “[] [T]he substance of the consideration can be anything determinate that can be expressed or represented in words or their equivalent as a definite usable or wanted content promised by (and therefore moved from) one side to the other independently of temporal or spacial conditions. At the time of formation, the object may be generic in description, merely determinable, and even nonexistent or qualified by reference to future external conditions [...]”. BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. 274

interna à sua obra literária (como o princípio conversa com demais partes da teoria em *Justice in Transactions*) e na dimensão interna do próprio autor (como o princípio conversa com trabalhos anteriores como *Contract as transfer of ownership*).

Interpretar o contrato como forma própria de transferência, para todos os efeitos e propósitos, é nadar contra a corrente. Assim, é de grande relevância estudar de maneira aprofundada visões que justifiquem tal concepção não como uma possível realidade a ser construída, mas como uma prática já existente e que dá sentido às manifestações jurídicas do direito contratual. Se o objetivo de Benson é demonstrar que os institutos publicamente reconhecidos do contrato são um trabalho digno de aceitação e respeito³⁶, o mesmo pode ser dito de sua empreitada intelectual.

36 BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019. p. xii.

REFERÊNCIAS

BENSON, Peter. *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *48 William and Mary L. Rev.* 2007. p. 1673-1731.

BENSON, Peter. Philosophy of Property Law. In: Coleman & Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002. p. 752-814.

A TEORIA DE PETER BENSON E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS DE SERVIÇOS

Fernanda Marinho Antunes de Carvalho

INTRODUÇÃO

Curtis Bridgeman¹ aponta Peter Benson e Ernest Weinrib como os principais teóricos da aplicação da justiça corretiva ao direito contratual. Conforme bem pontua Bridgeman, ambos argumentam que, quando o promitente viola uma promessa, ao promissário é negado algo ao qual ele é detentor por direito. Weinrib e Benson, todavia, discordam sobre qual, exatamente, é esse direito: se para Weinrib trata-se de um direito à performance, para Benson trata-se de um direito de propriedade.

Nesse sentido, Benson é categórico ao afirmar que a ideia de transferência por ele apresentada difere-se da visão comumente assumida que a vê como a transferência de um “direito à performance” e aponta o autor que o que é adquirido ou transferido não é o direito a X, porém um conteúdo substancial que pode ser transferido de forma exclusiva e por direito². Isso porque, em sua perspectiva, o contrato se configura como uma forma de transferência de propriedade, o que parece ser plausível quando o objeto transferido é específico, único, externo ou corpóreo, porém menos intuitivo caso se trate de um serviço.

Destarte, um desafio emerge de sua teoria: qual a mais adequada interpretação do substrato dessa transferência para que seu raciocínio possa ser aplicável aos contratos que envolvam serviços? Isto é, como

1 BRIDGEMAN, Curtis. Reconciling Strict Liability with Corrective Justice in Contract Law, 75. *Fordham L. Rev.* 2007. p. 3013-3040.

2 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 322.

se interpretar a ideia de um direito à propriedade sobre uma ação de um outro indivíduo?

Este artigo pretende responder à questão proposta e, para tanto, será dividido em três partes. Inicialmente, irá abordar de forma sucinta a teoria do contrato como transferência de propriedade apresentada por Benson e, em busca do melhor exercício exegético, irá investigar o significado das expressões “*ownership*” e “*property*”, essenciais para o correto entendimento do que, para o autor, significa dizer que o contrato é capaz de transferir um direito de “*ownership*”. Na segunda parte, irá analisar a ideia de transferência proposta por Benson, examinando a doutrina da consideração³, eis que, segundo o seu ponto de vista, o que é transferido pelo contrato é, exatamente, a “sustância da consideração”⁴. Por fim, irá verificar se as ideias apresentadas são compatíveis com os contratos de serviços, utilizando-se, para esse fim, das observações apresentadas pelo autor em seu artigo “*Contract as a Transfer of Ownership*”, publicado em 2007.

1. O CONTRATO COMO TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE

Peter Benson, ainda em 2007, publicou seu artigo intitulado “*Contract as a Transfer of Ownership*”, em que anunciava, como bem sinaliza o título, a teoria de que o contrato se configura como um meio de transferência de propriedade. Em 2019, o autor lançou sua obra denominada “*Justice in Transactions*” e dedicou um capítulo para o detalhamento da referida tese.

A ideia de que o contrato figura como uma transferência de propriedade pode ser considerada uma resposta ao desafio proposto por Fuller e Perdue:

O direito toma esse princípio da “expectativa” como um princípio de compensação e, como tal, como sendo

3 Optou-se por utilizar “consideração” para se referir à expressão “*consideration*”.

4 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 323

um princípio justo e dirigente. O que é precisamente o que Fuller e Perdue desafiam. Eles escrevem que os remédios contratuais dão ao requerente “algo que ele nunca teve”. Isso, pontuam, “parece à primeira vista uma estranha forma de compensação”. Ao entregar esse remédio, o direito não “cura um *status quo* perturbado”, mas, ao em vez disso, leva a uma “nova situação” e, ao fazê-lo, passa “do domínio da justiça corretiva para o da justiça distributiva”⁵.

Em uma breve contextualização, a construção de pensamento de Fuller e Perdue⁶, como bem elucidou Fabio Queiroz, assenta-se em uma classificação tripartite sobre os interesses envolvidos em uma situação de dano contratual, quais sejam: o interesse na restituição (*restitution interest*), o interesse na confiança (*reliance interest*) e o interesse na expectativa (*expectation interest*)⁷. Para a correta compreensão do desafio a que Benson pretende responder, importa definir cada um dos interesses, em especial o interesse na expectativa.

O primeiro tipo (*restitution interest*), ainda de acordo com Fabio Queiroz, aplica-se nos casos em que se concretiza o enriquecimento sem causa. Nessa situação, está-se em busca de um retorno de um valor patrimonial indevidamente deslocado e não diante de uma ponderação de ordem indenizatória⁸. No segundo caso (*reliance*

5 Tradução livre. No original: “The law takes this “expectation” principle to be a principle of *compensation* and, as such, to be a just and ruling principle. This is precisely what Fuller and Perdue challenge. They write that contract remedies give a plaintiff “something he never had.” “This,” they point out, “seems on the face of things a queer kind of ‘compensation.’” In giving such remedies, the law does not “heal a disturbed status quo” but instead brings into being “a new situation” and, in doing so, the law passes “from the realm of corrective justice to that of distributive justice.” In: BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1675.

6 Sobre o desafio proposto pelos autores, ver: FULLER, L.L; PERDUE JR., William R. The reliance Interest in contract damages. *Yale Law Journal*, New Haven, Vol. 46, 1936.

7 PEREIRA, Fabio Queiroz. *O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual: Interesse Negativo e Interesse Positivo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 172.

8 PEREIRA, Fabio Queiroz. *O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual: Interesse Negativo e Interesse Positivo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 172.

interest), protege-se a confiança vez que um dos negociantes pode ter realizado despesas, acreditando em um posicionamento transmitido pela contraparte. Assim, quando há uma frustração da confiança depositada, deve ser aplicada uma indenização, visando a reposição da situação que precedeu o evento lesivo⁹.

Por fim, o *expectation interest*¹⁰, essencial para a compreensão do desafio proposto por Fuller e Perdue, objetiva possibilitar que o lesado esteja em uma situação tão adequada quanto a que estaria se o contrato tivesse sido cumprido de forma que é possível demandar contra a contraparte requerendo o desempenho específico do que foi prometido ou pleitear uma indenização, com o pagamento do valor monetário equivalente¹¹. Nesse passo, pontuaram os autores que o direito da *common law* considera o interesse na expectativa como o princípio da compensação, o que daria ao requerente algo que “ele nunca teve”, colocando-o em uma nova situação e, não simplesmente, retornando ao *status quo ante*.

Nesse ponto encontra-se a teoria de Benson: trabalhando a aplicação de uma justiça compensatória aos contratos, isto é, utilizando-se do conceito aristotélico de justiça corretiva para embasar sua teoria, ele atinge uma resposta satisfatória ao desafio proposto. Caso o contrato se apresente como uma transferência de propriedade, que ocorre desde o momento de sua formação, estar-se-ia diante de uma situação em que o requerente “detém” algo que é seu por seu direito, desde o momento da formação contratual¹² e, portanto, as críticas levantadas por Fuller e Perdue não mais subsistiriam.

9 PEREIRA, Fabio Queiroz. *O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual: Interesse Negativo e Interesse Positivo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 173.

10 PEREIRA, Fabio Queiroz. *O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual: Interesse Negativo e Interesse Positivo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 172.

11 De acordo com Fabio Queiroz, há uma relação muito próxima entre o interesse na confiança e o interesse contratual negativo enquanto o interesse contratual positivo possui uma forte afinidade com o interesse na expectativa. PEREIRA, Fabio Queiroz. *O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual: Interesse Negativo e Interesse Positivo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 173.

12 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 256.

Benson, nesse sentido, aponta sua teoria: “*contract as a transfer of ownership*”. Para a sua correta compreensão, todavia, importa analisar o sentido atribuído pelo autor à expressão “*ownership*”, diferenciando-a da “*property*”, o que será trabalhado no tópico seguinte.

1.1 “OWNERSHIP” E “PROPERTY” NA PERSPECTIVA DE PETER BENSON

Essencial para a adequada interpretação da teoria de Benson é a correta compreensão do que, para o autor, consiste ser “*ownership*” e “*property*”. Afinal, se o contrato é considerado como uma “*transfer of ownership*”, é imprescindível para o presente artigo a correta definição do que seria “*ownership*”.

A questão foi trabalhada por Benson, ainda em 2007, no artigo “*Contract as a Transfer of Ownership*” em que o autor, ao enunciar sua principal tese de conceituação do contrato afirma que, entre as duas referidas expressões, está um contraste chave para a visão por ele desenvolvida¹³. Em suas palavras:

Na visão que devo elaborar, “*ownership*” é uma concepção larga, geral na qual “*property*” (direitos *in rem*) é uma instância particular. Direitos contratuais, devo argumentar, são instâncias outras, diferentes e particulares de direitos de “*ownership*”. De acordo com essa visão, eu refiro ao contrato como uma transferência de “*ownership*”, não como uma transferência de “*property*”¹⁴.

13 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1693.

14 Tradução Livre. No original: “On the view that I shall elaborate, “*ownership*” is a larger, general conception of which “*property*” (right in rem) is a particular instance. Contract rights, I shall argue, are another, different particular instance of ownership rights. Consistent with this view, I refer to contract as a transfer of *ownership*, not as a transfer of property”. In: BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 1673. 2007. p. 1693-1694.

Para correta definição dos conceitos, deve-se, inicialmente, analisar as formas de aquisição de propriedade que, acredita-se, dão origem a cada uma dessas expressões. Por isso, imperioso para a apreensão do conceito de propriedade para Peter Benson é a maneira como se dá a sua aquisição: pode ela ser adquirida de forma originária ou derivada.

Originária é a aquisição que ocorre quando um indivíduo adquire algo por apenas um ato, já que, nessa hipótese, o objeto da aquisição encontra-se sem dono. A aquisição originária será, sempre, de um determinado objeto que é separado e distinto do corpo do indivíduo, incluindo-se aqui as suas faculdades e os seus poderes físicos e psicológicos¹⁵. Não possuindo um dono, o objeto está disponível para a aquisição por qualquer um, o que faz com que os serviços, na perspectiva de Benson, não possam ser adquiridos dessa maneira, mas, somente, possam ser objeto de aquisição derivada¹⁶.

Para adquirir um determinado objeto de forma originária, deve-se realizar um ato que, naquele momento, será reconhecido como subordinando um objeto externo ao controle exclusivo daquele que o adquire, que poderá usá-lo segundo seus próprios propósitos sem o auxílio de outros sujeitos¹⁷. Isto é, o ato deverá razoavelmente manifestar aos demais uma sujeição e um controle sobre o objeto¹⁸. Assim, para que o controle seja exclusivo, necessário será que o adquirente submeta o objeto aos seus próprios fins e propósitos, o que envolve os modos de exercício de propriedade apresentados por Benson, quais sejam, tomar posse, usar e alienar¹⁹.

15 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 328

16 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 328.

17 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 329.

18 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 331.

19 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 330.

Derivada, por outro lado, será a aquisição de algo do seu respectivo dono, mediante o consentimento e a decisão deste²⁰. Ocorre, portanto, quando alguém previamente detém algo que já está sob o seu controle exclusivo e decide realizar a transferência. Dessa forma, a aquisição derivada fundamenta-se no consentimento e é constituída pela participação de duas partes, por meio de dois atos distintos²¹.

Essas diferentes aquisições são imprescindíveis para a correta compreensão do que configura “*property*” e “*ownership*” para Benson, que expressamente diferencia as expressões. Ele é categórico ao afirmar, em sua obra, que “*property*” e “*ownership*” não são sinônimos²².

Enquanto os direitos de “*property*” são adquiridos por um ato unilateral de vontade que requer a posse física de um objeto externo e corpóreo, os direitos contratuais são adquiridos por meio de atos mutuamente relacionados entre duas partes, sem a necessidade de uma posse física²³.

Em suas palavras:

Na propriedade originária, o direito de propriedade é adquirido por uma ação unilateral e o objeto desse direito é definido nessa base. Por outro lado, no caso do contrato, o direito e o objeto são completamente especificados pelos termos do acordo e essa análise sustenta-se somente entre as partes de acordo com esses termos. Esse direito não é um direito de propriedade originária e é totalmente transacional entre as partes, somente²⁴.

20 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 327

21 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 334.

22 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1719.

23 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1719.

24 Tradução Livre. No original: “In property, the right of ownership is acquired by a person’s unilateral action and the object of the right is defined on this basis. By contrast, in the case of contract, the right and the object are completely specified by

Por esse ângulo, a diferenciação mostra-se clara: o autor utiliza-se de “*property*” para se referir a uma específica forma de aquisição de propriedade, a originária. Já “*ownership*”, é utilizada para caracterizar a aquisição derivada, realizada por meio do contrato. A diferença não está no direito exercido, mas na forma de aquisição da propriedade.

À vista desta definição, Benson aponta ser o contrato um meio de se transferir propriedade: no momento de formação da avença, transfere-se uma autoridade exclusiva para o exercício de um controle sobre o objeto prometido e, é exatamente essa autoridade que, para o autor, define a propriedade²⁵. Nesse sentido:

Essa autoridade exclusiva para exercer controle sobre algo é o direito de propriedade. Porque esse direito é o mesmo, ainda que exercido de formas diferentes, e independente dos diferentes propósitos e interesses envolvidos no seu exercício, a propriedade que é adquirida é idêntica àquela a que se abre mão, logo a adequação de se referir a essa operação como uma transferência. Assim, o exercício do direito de propriedade, seja se apropriando, usando ou alienando, necessariamente se dá em um momento e maneira específicos²⁶.

the terms of the parties’ agreement, and this analysis holds only as between the parties in accordance with those terms. The right is a non-proprietary right of ownership that is *wholly transactional as between the parties alone*”. In: BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1723.

25 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1725

26 Tradução livre. No original: “This exclusive authority to exercise control over a thing is ownership. Because ownership is the same however differently it may be exercised, and irrespective of the different purposes and interests involved in its exercise, the ownership that is acquired is identical to the ownership that is given up; hence the propriety of referring to it as a *transfer* of ownership. Now, the exercise of ownership, whether appropriating, using, or alienating, necessarily takes place at a particular time and in a particular manner”. In: BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1725.

Por isso, o contrato se configura como uma forma de aquisição derivada de propriedade, eminentemente transacional e, por isso, capaz de transferir o controle exclusivo sobre um objeto ou um serviço, de uma parte (alienação) para a outra (apropriação) e, ao estipular a performance, determina o modo e a maneira como se dará a execução contratual²⁷. Fica claro, portanto, que, para Benson, o contrato transfere, de fato, a propriedade e todos os seus poderes: posse exclusiva, uso e alienação.

Passa-se, então, à caracterização da transferência para Peter Benson, bem como à compreensão do substrato transferido para, por fim, verificar se a teoria é compatível com os contratos de serviços.

2. A TRANSFERÊNCIA PARA BENSON: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DOCTRINA DA CONSIDERAÇÃO

Conforme já elucidado, Benson, respondendo ao desafio proposto por Fuller e Perdue, compreende o contrato como uma transferência de propriedade e, sob sua perspectiva, o descumprimento contratual configura-se como uma interferência em um interesse protegido, tornando o interesse positivo compensatório²⁸.

Para explicar sua ideia de transferência, o autor inicia sua argumentação supondo uma transferência de propriedade através da qual, fisicamente, transfere-se algo que é, fisicamente, recebido²⁹, sem qualquer acordo prévio. Essa operação, na lição de Benson, pode ocorrer mediante algo em retorno, ou não, transferindo a propriedade de uma pessoa para a outra, o que é realizado por certos atos mutuamente relacionados³⁰.

27 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1725.

28 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1693.

29 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1694.

30 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1694.

Desse modo, para se transferir a propriedade, deve haver uma decisão de transferir que é corporificada em fisicamente entregar algo para a outra parte. Uma mera transferência física, que não expressa essa intenção, não é capaz de produzir uma mudança na propriedade pois é necessário que a parte expresse o seu propósito de entregar a coisa, como uma expressão externa do seu desejo de transferi-la³¹.

Esse desejo, todavia, não é, por si só, suficientemente apto a configurar uma transferência. É necessário um segundo ato: a outra parte deve também expressar o seu desejo de se apropriar da coisa como sua e essa decisão é corporificada tomando-a para si, em resposta à decisão de alienar³².

Esclarece-se, nesse passo, como se dá a transferência proposta por Benson: ela é constituída por dois atos que são temporalmente sucessivos:

A relação entre os atos de transferência e apropriação deve ser especificada na seguinte forma. A ideia de uma transferência de propriedade de alguém para outra pessoa, implica: primeiro, que a aquisição, pela segunda parte, venha, não só com o consentimento da primeira parte, mas também, originado dela; e segundo, que o direito de propriedade que está com a primeira parte seja o mesmo que é adquirido pela segunda³³.

31 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1694.

32 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1694.

33 Tradução livre. No original: "The relation between the acts of alienation and appropriation must be further specified in the following way. The idea of a *transfer* of ownership *from* one to another implies: first, that the second party's acquisition of ownership comes, not only with the consent of, but also *from*, the first party; and second, that the right of ownership that is in the first party is the very same that is acquired by the second." *In*: BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1695.

A decisão de realizar atos de transferência caracteriza-se como um exercício de direitos de propriedade, sendo ela constituída por atos mutuamente relacionados que podem ser compreendidos sob o aspecto de serem sucessivos no tempo e, ainda, co-presentes³⁴.

Diante dessa operação, um segundo questionamento consiste em qual é o objeto dessa transferência. Conforme levantou o autor em sua obra, “*Justice in Transactions*”, a ideia por ele defendida difere-se daquela comumente adotada que vê o objeto da transferência como um direito à performance, sendo esse o direito transferido³⁵. Na verdade, o que é transferido é a substância da consideração, que irá se deslocar de uma parte contratual para outra, como uma resposta à primeira consideração³⁶.

Importante ressaltar que, consoante sinaliza Benson, nenhuma doutrina na *common law* foi tão cuidadosamente desenvolvida como a doutrina da consideração³⁷. Por isso, não se pretende, neste artigo, esgotar o tema, mas, tão somente, compreendê-lo para fins de elucidar a ideia de transferência proposta pelo autor.

A doutrina da consideração, diferenciando uma simples promessa de um contrato, determina que, para que um acordo seja executável em seus termos, uma promessa deve ser realizada mediante o retorno de uma consideração válida e legal, que pode ser uma promessa recíproca ou um ato que é requerido pelo promitente e providenciado pelo promissário, como parte de uma mesma transação³⁸. A consideração não corresponde, somente, a um motivo

34 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1696.

35 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 323.

36 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 322.

37 BENSON, Peter. The ideia of consideration. *University of Toronto Law Journal*. 2001. p. 241-278. p. 242.

38 BENSON, Peter. The ideia of consideration. *University of Toronto Law Journal*. 2001. p. 241-278. p. 249.

ou uma razão para a promessa, ela deve “mover-se” do promitente e, ainda, deter um determinado valor à luz do direito³⁹:

Para mover-se do promissário, não apenas a consideração não deve ser movida de um terceiro, mas, tão importante quanto, ela também não deve mover-se do promitente. Mais exatamente, isso acarreta que a consideração deve ser independente da promessa para a qual é dada da seguinte maneira: deve ser possível interpretar o conteúdo da consideração como algo que poderia genuinamente se originar do promissário, não do promitente. A consideração deve ser algo que não seja simplesmente redutível a um mero aspecto, condição ou efeito da primeira promessa ou de sua execução. Em outras palavras, a consideração deve ser algo que possa ser razoavelmente vista como vinda potencialmente do lado do promissário e, portanto, como não produzido pelo promitente⁴⁰.

Dizer que a consideração deve “mover” de uma parte à outra, significa apenas ressaltar a necessidade de que, para a formação de um contrato executável, devem existir dois lados que, juntos, irão constituir a relação contratual. E é por isso que há, ainda, mais um

39 BENSON, Peter. The idea of consideration. *University of Toronto Law Journal*. 2001. p. 241-278. p. 249.

40 Tradução livre. No original: “To move from the promisee, not only must the consideration not move from a third party, but, just as importantly, it must also not move from the promisor. More exactly, this entails that consideration must be *independent* in the following way from the promise for which it is given: it must be possible to construe the content of the consideration as something that could genuinely originate with the promisee, not the promisor. Consideration must be something that is not simply reducible to a mere aspect, condition, or effect of the first promise or its execution. In other words, the consideration has to be something that can reasonably be viewed as potentially on and coming from the promisee’s side and therefore as not produced by the promisor”. BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 48.

requisito para a sua formação: o promitente deve expressamente requisitá-la como um retorno para a sua promessa⁴¹.

Ademais, importa ressaltar que não há a necessidade de equivalência de valores para a formação da consideração. A doutrina é, em verdade, indiferente à adequação, porém é necessário que o seu objeto seja algo utilizável e que possa ser razoavelmente desejado como um serviço ou um objeto por suas qualidades e recursos. O que é necessário é que algo seja dado em troca por outra coisa, um *quid pro quo*⁴².

Ante o exposto, pode-se afirmar que a consideração se configura como uma condição necessária para a formação do contrato e para sua executoriedade⁴³. Conforme abordado por Benson, é a substância da consideração o objeto da transferência em uma relação contratual e não um direito à performance, como apontam outros autores, em uma abordagem alinhada aos estudos de Kant.

Segundo esta corrente, o que é transferido por um contrato não é o objeto prometido, mas sim o direito à performance da outra parte⁴⁴. Sob essa visão, em um contrato de compra e venda de cavalos,

41 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 50.

42 BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019. p. 55-56.

43 BENSON, Peter. The idea of consideration. *University of Toronto Law Journal*. 2001. p. 241-278. p. 250.

44 Essa é a visão adotada por Weinrib: “His account addresses the perplexity later raised by Fuller and Perdue, that expectation damages seem to be “a queer kind of ‘compensation’” in that they give the plaintiff something that the plaintiff never had. It is true that the plaintiff never had the thing promised; its loss is therefore not something for which the plaintiff can rightly claim compensation. But the plaintiff did have an entitlement to the performance itself; it is for the infringement of this entitlement that expectation damages compensate. Kant thereby answers the question of how can the law treat the plaintiff as entitled to the thing’s value if the plaintiff is not entitled to the thing. The plaintiff turns out to be entitled to the thing’s value because that value determines the value of the performance to which the plaintiff is entitled. Both the Kantian account and the Fuller-Perdue critique of expectation damages presuppose the disjunction between contractual performance and ownership of the subject matter of the contract. But this very feature of contract that is problematic for Fuller and Perdue is what for Kant characterizes contract as creating a distinct kind of right.” In: WEINRIB, Ernest J. Punishment and Disgorgement as Contract Remedies, *78 Chi.-Kent L. Rev.* 55, 2003.

não se adquiriria o cavalo, em si, mas sim, o ato de que o cavalo seja entregue⁴⁵. Para Benson, todavia, essa teorização iria de encontro com os princípios fundamentais da *common law*: já que não seria a promessa, mas sim, a sua substância que constitui a “coisa prometida”⁴⁶.

Por isso, Benson alinha-se a uma concepção distinta, que também pode ser encontrada nos trabalhos de Grotius, Pufendorf e Hegel⁴⁷, ao argumentar que, ainda no momento da formação contratual, o promitente adquire um direito de propriedade ao objeto prometido. Se, na propriedade originária, o direito de propriedade é adquirido por um ato unilateral, na relação contratual, o direito e o objeto são especificados nos termos do acordo. O direito transferido, adquirido de forma não originária, é, à luz dos estudos de Benson, totalmente transacional⁴⁸.

E, diante desse conceito, tem-se a importância da compreensão das diferentes formas de aquisição da propriedade: no momento da formação contratual, uma parte transfere à outra a sua autoridade exclusiva de realizar o controle sobre o objeto prometido, o que se apresenta, exatamente, como a conceituação de propriedade por Benson proposta.

3. O PAPEL DA PERFORMANCE NO CONTRATO

Analisar a aplicabilidade da teoria de Benson aos contratos de serviços significa compreender o papel e o significado da performance no contrato. O autor enuncia que, em termos gerais, é a performance que assegura que algo está disponível ao promissário, permitindo o

45 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1720.

46 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1721.

47 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1723.

48 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1723.

seu uso⁴⁹. O seu conteúdo, dessa maneira, irá depender dos termos do contrato, em cada circunstância.

O enfoque proposto por esse artigo foi identificado pelo assistente de pesquisa de Benson, Fredrick Schumann⁵⁰ e enfrentada já nas últimas páginas do artigo “*Contract as a Transfer of Ownership*”. Benson reconhece que sua teoria se apresenta plausível quando o objeto da transferência de propriedade é um objeto específico, único e corpóreo, porém é menos intuitiva em três situações, que foram levantadas por Schumann, quais sejam, quando o “objeto” transferido é um serviço; quando é algo que a parte ainda não detém; quando o objeto ainda não é determinado no momento da formação do contrato, em meio a um número de outros praticamente idênticos⁵¹.

Benson é categórico ao afirmar que nenhuma das questões levantadas por Schumann vão de encontro com a sua teoria e, em uma resposta sucinta, ele afirma ser exatamente o caráter transacional de uma transferência via contrato capaz de permitir que sua tese abarque, também, esses cenários⁵².

Considerando o objetivo deste trabalho, os dois últimos desafios não serão analisados, porém é exatamente com relação aos contratos de serviços que se busca uma resposta satisfatória.

A questão, parece, de fato, espinhosa: conforme aponta Mckendrick, os contratos envolvendo serviços pessoais não são, em regra, submetidos à execução específica⁵³. Caso contrário, o direito estaria, conforme bem se levantou, transformando o contrato em

49 BENSON, Peter. *Contract as a Transfer of Ownership*. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1725.

50 BENSON, Peter. *Contract as a Transfer of Ownership*. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

51 BENSON, Peter. *Contract as a Transfer of Ownership*. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

52 BENSON, Peter. *Contract as a Transfer of Ownership*. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

53 MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: Text, Cases, and Materials*. 5 ed. Oxford University Press, 2012. p. 929.

uma forma de escravidão⁵⁴. Nesse sentido, em *Johnson v. Unisys Ltd*, (2001), Lord Hoffmann apontou ser:

“o trabalho de alguém é, normalmente, uma das coisas mais importantes em sua vida. Ele entrega não apenas uma forma de sustento, mas uma ocupação, uma identidade e um senso de autoestima” (tradução livre)⁵⁵.

Na mesma toada, Beatson, Burrows e Cartwright⁵⁶ sinalizam que, em contratos envolvendo serviços pessoais, os tribunais, em geral, não determinam a execução forçada já que não seria apropriado fazer com que alguém sirva a outrem contra a sua vontade. Os autores compartilham da visão de que, caso o tribunal o fizesse, estaria transformando o contrato em um verdadeiro contrato de escravidão⁵⁷.

Considerando essa peculiaridade atinente aos contratos de serviços, como seria possível afirmar que o contrato transfere um direito de propriedade sobre um serviço alheio? O alcance da expressão “*ownership*” parece ser essencial para a compreensão da solução proposta por Benson, como veremos a seguir.

Ao descrever o contrato de serviço, o autor sinaliza que uma parte exterioriza os seus poderes de forma definida, limitada em seu modo e em sua forma, sendo esse o objeto transferido à segunda parte⁵⁸. O poder que é exteriorizado, diferentemente de um objeto

54 MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: Text, Cases, and Materials*. 5 ed. Oxford University Press, 2012. p. 929.

55 No original: a person's employment is usually one of the most important things in his or her life. It gives not only a livelihood but an occupation, an identity and a sense of self-esteem'. In: MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: Text, Cases, and Materials*. 5 ed. Oxford University Press, 2012. p. 929.

56 BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's law of contract*. 29 ed. Oxford University Press, 2010. p. 578.

57 BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's law of contract*. 29 ed. Oxford University Press, 2010. p. 578.

58 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

externo que pode ser fisicamente apropriado, é parte do direito à integridade pessoal, física e psicológica⁵⁹ do contratante, o que enseja dúvidas acerca da aplicabilidade de um direito de propriedade para essas transferências.

A afirmativa de Benson é clara: “esses poderes são a pessoa”⁶⁰ e, como um todo, não podem ser objeto de alienação sem que se aliene a pessoa, ela ou ele mesmo, o que, bem reconhece Benson, seria moralmente impossível⁶¹. Pensar em uma apropriação desses poderes somente seria viável de uma forma limitada, tanto qualitativa como quantitativamente: deve-se pensar em um serviço ou trabalho específico que, a partir de então, torna-se distinto da totalidade de poderes que compõem aquele indivíduo, ora contratante.

O ponto nevrálgico para a adequação da teoria de Benson a essa desafiadora situação parece residir na diferenciação, já trabalhada, acerca da aquisição originária e derivada: diante de obrigações oriundas de contratos de serviços, não se poderia cogitar uma aquisição originária de propriedade. Nessa hipótese, a performance somente se tornaria um objeto passível de transferência de titularidade em uma aquisição consensual e transacional, isto é, por meio do contrato⁶².

O serviço, argumenta Benson, torna-se-ia uma “coisa” que, então, poderia ser possuída por alguém⁶³. Nesse passo, dizer que uma das partes adquire um direito de propriedade sobre o serviço de outra pessoa, na visão do autor, significa apenas dizer que foi transferida a

59 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

60 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

61 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1729.

62 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

63 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1729

autoridade de determinar suas ações ou de expressar os seus poderes de uma limitada, estipulada pelo contrato⁶⁴.

Por isso, afirmar que o contrato transfere um direito à propriedade sobre um serviço alheio não significa dizer que haverá o direito, a priori, à execução forçada daquele serviço, mas tão somente que, no momento da formação contratual, o contratante já detém um direito de propriedade derivada de um serviço, de forma limitada, nos estritos termos estipulados pelo contrato.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pôde-se concluir que a teoria proposta por Benson se mostra aplicável aos contratos de serviços. Nesse sentido, verificou-se que a mais adequada interpretação de “ownership” é, de fato, propriedade, sendo que a expressão se diferencia de “property” somente no que se refere ao seu modo de aquisição: aquela refere-se à aquisição derivada, por intermédio do contrato, enquanto esta traduz-se na aquisição originária.

Assim, pôde-se apurar que o contrato, na perspectiva de Benson, figura-se como um meio de transferência de propriedade que ocorre desde o momento da sua formação, independentemente da performance, sendo o substrato dessa transferência a substância da consideração, que pode ser um objeto ou um serviço. Caso seja um objeto, a interpretação torna-se mais simples, afinal, tem-se algo externo, corpóreo, que pode ser fisicamente apreendido. Caso seja um serviço, isto é, no caso de um contrato de prestação de serviços, o exame deve ser ainda mais minucioso.

Nessa hipótese, tem-se que, para a Benson, a parte deve exteriorizar os seus poderes de forma definida, limitada em seu modo e em sua forma, sendo esse o objeto transferido à segunda parte⁶⁵. Isso

64 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1729

65 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

porque esse poder que é exteriorizado é parte do direito à integridade pessoal, física e psicológica. Nesses casos, portanto, em que “esses poderes são a pessoa”⁶⁶, não é possível cogitar que o serviço, em si, seja objeto da transferência porquanto, caso fosse esse o caso, estar-se-ia transferindo a própria pessoa⁶⁷. Por isso, aponta o autor que, em um contrato de serviço, a ação contratada torna-se distinta da totalidade de poderes do contratante, equiparando-se a uma “coisa” que, então, pode ser possuída por alguém⁶⁸.

Observou-se, deste modo, que dizer que uma das partes adquire um direito de propriedade sobre um serviço da outra, na visão de Benson, significa apenas dizer que foi transferida a autoridade de determinar suas ações ou de expressar os seus poderes de uma forma limitada, estipulada pelo contrato. Por fim, diante de obrigações derivadas de contratos de serviços, não se poderia cogitar de uma aquisição originária de propriedade já que, nessa situação, a performance somente se tornaria um objeto passível de transferência de titularidade em uma aquisição consensual e transacional, isto é, por meio do contrato.

66 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1728.

67 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1729.

68 BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 2007. p. 1693-1731. p. 1729

REFERÊNCIAS

BENSON, Peter. *Justice in transactions: A theory of contract law*. Harvard University Press, 2019.

BENSON, Peter. The idea of consideration. *University of Toronto Law Journal*. 2001. p. 241-278. p. 249.

BRIDGEMAN, Curtis. Reconciling Strict Liability with Corrective Justice in Contract Law, 75. *Fordham L. Rev.* 2007. p. 3013-3040.

BENSON, Peter. Contract as a Transfer of Ownership. *Wm. & Mary L. Rev.* 1673. 2007.

BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's law of contract*. 29 ed. Oxford University Press, 2010. p. 578.

FULLER, L.L.; PERDUE JR., William R. The reliance Interest in contract damages. *Yale Law Journal*, New Haven, Vol. 46, 1936.

MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: Text, Cases, and Materials*. 5 ed. Oxford University Press, 2012.

PEREIRA, Fabio Queiroz. *O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual: Interesse Negativo e Interesse Positivo*. São Paulo: Almedina, 2017.

WEINRIB, Ernest J. Punishment and Disgorgement as Contract Remedies, *Chi.-Kent L. Rev.* 78, 55, 2003.

PETER BENSON E AS DUAS FORMAS DA *IMPLICATION* NAS JURISDIÇÕES DO *COMMON LAW*

Pedro Victor Silva de Andrade

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva examinar a concepção da *implication*¹, proposta pela teoria transaccional de Peter Benson como alternativa à teoria da regra-padrão, analisando especificamente as duas formas ou modalidades da inferência de termos e condições implícitos que dela defluem.

No contexto do *common law*, a teoria da regra-padrão defende que a integração de lacunas relativas à execução dos contratos possa ser realizada com recurso a hipóteses sobre a vontade ou a racionalidade das partes ou a outros critérios estranhos ao texto contratual, como a moralidade das promessas, a maximização da utilidade ou a distribuição equitativa dos ônus do contrato. Sustenta-se que haveria uma opção tácita das partes pela aplicação dessas regras-padrão quando se omitem em regulamentar expressamente as consequências de determinada circunstância que possa afetar a execução contratual.

Benson se contrapõe a essa ideia, ao sustentar que a teoria da regra-padrão não oferece uma justificação adequada para a solução de disputas relacionadas à execução contratual. Argumenta contra a própria concepção de que o contrato válido poderia encerrar lacunas, e aduz que a sua interpretação não pode ser feita com base em quaisquer critérios estranhos à específica relação contratual. Defende que os termos e condições implícitos ao arranjo contratual, eventualmente

¹ Utilizamos a terminologia técnica do fenômeno no *common law* para deixar claro o objeto a que o artigo se refere. Pode-se traduzir *implication* como a interpretação e a integração judicial do contrato por meio da inferência de termos e condições implícitos. No desenvolvimento do trabalho, a terminologia técnica própria do direito comum será por vezes traduzida de maneira não literal, com alguma aproximação de termos mais familiares, buscando tornar a leitura mais confortável aos filiados ao nosso direito continental.

necessários à solução de uma disputa a respeito da execução do contrato, devem ser inferidos por meio do chamado teste objetivo, isto é, a partir da perspectiva do destinatário razoável. Argumenta também pela existência de uma divisão do trabalho entre os termos expressos e implícitos: aqueles denotariam as escolhas contingentes das partes e estes o sentido do justo e do razoável necessário à interpretação adequada do contrato.

Para atender a essa exigência, e com base em precedentes judiciais dos tribunais britânicos e norte-americanos, o autor propõe que os termos e condições implícitos devam refletir a *intenção presumida* e a *necessidade da transação*. Benson não esclarece de maneira ostensiva se se trata de duas nomenclaturas distintas para um mesmo critério de integração ou, ao contrário, de dois critérios qualitativamente distintos para a tarefa. Mas o exame da jurisprudência apresentada pelo autor evidencia que os tribunais trabalham efetivamente com dois tipos (ou modalidades) distintos de *implication*, correlatos a cada qual desses conceitos. Há uma primeira situação em que o tribunal apenas expõe ou revela a intenção efetiva das partes com a transação, em que o recurso à razoabilidade é fraco e a inferência, meramente formal; e há uma segunda situação em que a intenção plasmada no contrato não é capaz de oferecer a solução adequada à sobrevivência (isto é, à necessidade) da transação. Nessa última circunstância, o recurso à razoabilidade é mais forte e a solução conferida pelo julgador é material ou substancial, incumbindo-lhe, inclusive, escolher, dentre alternativas possíveis, qual o instrumento adequado ao restabelecimento da relação contratual (uma garantia implícita, a modulação dos efeitos do descumprimento de uma das prestações etc.).

O trabalho que segue está dividido em três partes. A primeira se dedica a expor os fundamentos principais da teoria da regra-padrão e da teoria transacional de Peter Benson a respeito da *implication*. A segunda examina os conceitos operativos de *intenção presumida* e *necessidade da transação* à luz da jurisprudência trazida pelo autor. A

última seção apresenta as duas formas da *implication* nas jurisdições do *common law* e suas respectivas características.

O argumento proposto instiga à investigação mais aprofundada a respeito das condições, dos parâmetros e dos limites da discricionariedade que tem o juiz para deduzir termos implícitos do tipo forte ou substancial, ponto este que não será explorado adiante por escapar aos limites espaciais do artigo e por demandar uma análise mais consistente e sistemática de doutrina e jurisprudência nas jurisdições de direito comum.

1. A REGRA-PADRÃO E A ALTERNATIVA PROPOSTA PELA TEORIA TRANSACIONAL

A resposta à pergunta sobre se ao julgador é dado inferir termos implícitos nos contratos privados, e em que hipóteses e medida ou extensão ele estaria autorizado a fazê-lo, traz à tona o tema da *implication*, enfrentado por Peter Benson no capítulo 3 da obra “Justice in Transactions”.

Nas jurisdições do *common law*, a doutrina da *implication* teria sido cunhada originalmente com o objetivo de oferecer uma resposta normativa adequada a situações nas quais a execução contratual é impossibilitada ou dificultada por circunstâncias supervenientes, não previstas no momento da contratação.² Atualmente, a doutrina assume um escopo mais amplo, norteia a solução de disputas judiciais relativas à execução contratual, compreendendo o descumprimento de prestação ou deveres anexos, impossibilidade superveniente, frustração dos fins do contrato. A inferência de termos implícitos com o sentido de delimitar, qualificar, especificar o conteúdo das

² BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 146. O autor relata que a *implication* e as teorias da impossibilidade e da frustração do contrato foram cunhadas na Inglaterra, a partir dos *leading cases* Taylor v. Caldwell (1863) e Krell v. Henry (1903), com o objetivo de amenizar os impactos da aplicação draconiana da interpretação literal das cláusulas e obrigações contratuais.

obrigações assumidas pelas partes se faz possível sempre que o juiz verificar que os termos expressos não oferecem a resposta completa, necessária ou adequada à ocasião posta à sua apreciação. Trata-se, portanto, de um critério de interpretação (aqui utilizada no sentido clássico de fixação do sentido e alcance) do contrato e das obrigações nele expressas de forma abstrata à luz das contingências concretas da execução contratual.

A compreensão prevalecente a respeito da *implication* seria expressada pela “teoria da regra-padrão” (*default-rule paradigm*). Segundo essa ideia, nenhum contrato é capaz de prever expressamente a solução para toda e qualquer contingência superveniente, ou disputa que vier a se instaurar acerca de sua execução. As limitações naturalmente inerentes à racionalidade ou à economia das negociações contratuais fazem com que os contratantes optem por deixar de prever a solução adequada a algumas dessas contingências, o que daria origem a lacunas contratuais.³ Ocorrendo, na prática, uma dessas hipóteses, caberá ao julgador oferecer uma solução normativa fundamentada e inspirada em critérios estranhos à relação contratual, tal qual expressa pelas partes. Para a doutrina prevalente, seria o caso de o julgador perquirir qual teria sido a “vontade hipotética” das partes, se tivessem cogitado de regulamentar expressamente a contingência efetivamente verificada.⁴ Mas há a sugestão de outros critérios para inferir a regra-padrão: preservação da moralidade das promessas, racionalidade da barganha, distribuição eficiente e equitativa dos ônus e benefícios do contrato etc.⁵

3 COLEMAN, Jules; HECKATHORN, Douglas; MASER, Steven. A Bargaining Theory approach to default provisions and disclosure rules. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Cambridge, v. 12, n. 3, 1989, pp. 639-709, p. 640.

4 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 125.

5 FRIED, Charles. *Contract as Promise*. A theory of contractual obligation. 2a Ed. New York: Oxford University Press, 2015, p. 73; COLEMAN, Jules; HECKATHORN, Douglas; MASER, Steven. A Bargaining Theory approach to default provisions and disclosure rules. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Cambridge, v. 12, n. 3, 1989, pp. 639-709, p. 648; POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 107, n. 8, jun-2009, pp. 1349-1363, p. 1361.

Comumente, afirma-se que os contratantes teriam a oportunidade de prever as consequências para todas as situações possíveis de descumprimento ou impossibilidade de execução do contrato. Assim, na medida em que deixam de fazê-lo, aderem tacitamente à regra-padrão a respeito do contexto, da condição ou especificidade em causa.⁶ As vertentes dogmáticas tributárias do utilitarismo argumentam também que a omissão das partes refletiria a opção mais eficiente para uma dada situação, faltando justificação para modificá-la judicialmente.⁷ Outras propostas enfatizam o papel do contexto e da pragmática da comunicação nessa empreitada⁸, ou oferecem um arranjo conceitual sofisticado, fundamentado no exame analítico da racionalidade das partes e possíveis interessados em cada etapa da dinâmica contratual.⁹

Charles Fried, propositor da teoria do contrato como promessa, parece adotar efetivamente uma perspectiva mista entre as alternativas promissória e utilitária:

Assim, no procedimento de preencher lacunas, é natural olhar para o contrato propriamente dito para obter algum senso da natureza e da extensão da empresa comum. Como a real intenção (hipoteticamente) está ausente, o tribunal respeita a autonomia das partes o tanto quanto possível, construindo uma alocação de ônus e benefícios que pessoas razoáveis teriam empreendido nesse tipo de arranjo. (...) Essa é uma investigação com inevitáveis elementos normativos: partes “razoáveis”

6 COLEMAN, Jules; HECKATHORN, Douglas; MASER, Steven. A Bargaining Theory approach to default provisions and disclosure rules. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Cambridge, v. 12, n. 3, 1989, pp. 639-709, p. 641.

7 POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 107, n. 8, jun-2009, pp. 1349-1363, p. 1361.

8 KRAMER, Adam. Implication in Fact as an instance of contractual interpretation. *The Cambridge Law Journal*. Cambridge, vol. 63, n. 2, jul-2004, pp. 384-411, p. 386.

9 COLEMAN, Jules; HECKATHORN, Douglas; MASER, Steven. A Bargaining Theory approach to default provisions and disclosure rules. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Cambridge, v. 12, n. 3, 1989, pp. 639-709, p. 707.

não perseguem objetivos meramente racionais; o fazem constrictos por normas de justiça e honestidade. Finalmente, esse recurso a princípios distributivos para preencher as lacunas não ameaça sobrepujar o princípio promissório, pela simples razão de que as partes são livres para controlar o sentido e a extensão da sua relação pelo próprio contrato.¹⁰

A questão é que a teoria da regra-padrão encontra desafios tanto no que diz respeito à sua *justificação*, na medida em que a norma *default* tem que buscar abrigo teórico em elemento estranho à vontade das partes, quanto no que concerne à *metodologia* da integração, controvertendo-se sobre os graus de *generalidade* e a *idealização* adequadas à concepção de uma regra-padrão.¹¹

Benson argumenta contrariamente à teoria da regra-padrão afirmando, com razão, que as suas principais vertentes não oferecem uma justificação adequada para a heterointegração que propõem. Se

10 FRIED, Charles. *Contract as Promise*. A theory of contractual obligation. 2a Ed. New York: Oxford University Press, 2015, p. 73. No original: “Thus in filling the gaps it is natural to look to the agreement itself for some sense of the nature and extent of the common enterprise. Since actual intent is (by hypothesis) missing, a court respects the autonomy of the parties so far as possible by construing an allocation of burdens and benefits that reasonable persons would have made in this kind of arrangement. (...) This is, as I argued earlier, an inquiry with unavoidably normative elements: “Reasonable” parties do not merely seek to accomplish rational objectives; they do so constrained by norms of fairness and honesty. Finally, this recourse to principles of sharing to fill the gaps does not threaten to overwhelm the promissory principle, for the simple reason that the parties are quite free to control the meaning and extent of their relation by the contract itself.”

11 CHARNY, David. Hypothetical Bargains. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 89, n. 7, 1991, pp. 1815-1879, p. 1816. O autor afirma, ainda, que a concepção de cada julgador a respeito da natureza da regra-padrão adequada a cada caso pode variar conforme a dimensão da generalidade, que se refere ao grau de particularização da regra para os sujeitos em disputa, e da idealização, com respeito à circunstância de o julgador conceber os afetados pela regra-padrão como partes idealizadas ou como pessoas concretas e contextualizadas. A conjunção dessas duas dimensões daria ensejo a quatro hipóteses paradigmáticas para a concepção da regra -padrão: I) escolha da melhor regra para dado tipo de transação (geral e idealizada), II) escolha da regra que as partes teriam provavelmente eleito (geral e não-idealizada), III) escolha da regra que as partes nessa situação teriam eleito se o fizessem de forma racional e perfeitamente informada (particular e idealizada) e IV) escolha da regra que as partes nesse tipo de transação teriam provavelmente eleito no curso normal das coisas (geral e não-idealizada).

as partes optaram por não regulamentar a contingência que ameaça a execução contratual, a autonomia privada não pode ser alçada a fundamento imediato da atividade interpretativa. Mas a “vontade presumida” não é equivalente teórico à vontade real das partes e não pode ser a ela equiparada sob o ponto de vista da justificação, para suprir eventuais lacunas do contrato.¹² O critério da racionalidade da negociação — em que se indaga qual regra seria racional às partes regulamentarem, tivessem cogitado a contingência — também padece da mesma artificialidade da “vontade presumida”. É certo que os contratantes não atuam de forma perfeitamente racional, mas, antes, com racionalidade limitada (*bounded rationality*). Ademais, nada assegura que a escolha racionalmente limitada seria realmente feita; trata-se ainda de uma presunção. O mesmo pode ser dito acerca dos critérios da escolha eficiente, da melhor distribuição de riscos e benefícios, da preservação da moralidade da promessa: nenhum deles oferece uma justificação teórica adequada para a interferência do juiz sobre a relação contratual e nenhum deles é capaz de assegurar a certeza e a previsibilidade pressupostas pelo argumento em favor de uma norma *default*.¹³

Benson propõe solucionar esse impasse a partir da premissa de que os termos implícitos não poderiam ser inferidos da vontade das partes ou de valores morais ou de utilidade externos ao contrato. Deveriam ser deduzidos do arranjo contratual elementar, composto pela promessa e pela *consideration*¹⁴, suas circunstâncias e contexto de uso, o que, segundo ele, exaure a única base possível e legítima de justificação da exigibilidade das obrigações contratuais.

12 Essa circunstância encontra excelente desenvolvimento analítico em COLEMAN, Jules; HECKATHORN, Douglas; MASER, Steven. A Bargaining Theory approach to default provisions and disclosure rules. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Cambridge, v. 12, n. 3, 1989, pp. 639-709, p. 641.

13 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 126.

14 O termo foi mantido em inglês pela falta de uma tradução consolidada. A sua definição técnica vem na sequência.

Para formular a sua proposta, o autor parte da ideia, desenvolvida no primeiro capítulo de sua obra, de que o contrato é modo de aquisição transacional (*transactional acquisition*), consubstanciado em uma interação bilateral do tipo “promessa-por-consideração” (*promise-for-consideration*).

Mais que o simples fato da promessa, a exigibilidade do contrato teria como elemento essencial a *consideration*, a circunstância de as partes se comprometerem, reciprocamente, a transferir uma à outra algo de valor porque há uma promessa (ou ato) da outra parte em sentido contrário.¹⁵ O que justifica a exigibilidade jurídica de uma promessa é o fato de ela ter sido dada em consideração à promessa da outra parte. Assim, a reciprocidade entre as promessas de oferta e aceitação (*quid pro quo*), independentemente do valor nominal que as respectivas prestações venham a assumir, é tanto o fundamento de legitimidade do contrato, da aquisição transacional, como, também, da concretização dessa aquisição já no momento da formação do contrato, ou seja, independentemente da execução.¹⁶

Sob esses parâmetros, Benson concebe o contrato bilateral, regularmente formado, como modo em si bastante para a concretização da transferência transacional entre as partes e, conseqüentemente, como justificação teórica suficiente tanto para a exigibilidade das prestações, como para a incidência de remédios contratuais e hipóteses de resolução. A parte que deixa de cumprir a sua prestação ou que de qualquer modo frustra a execução do contrato interfere ativamente no objeto cuja titularidade ela mesma havia transferido à outra parte, no momento da contratação. Nesse sentido, a violação do contrato se assemelha à violação da propriedade alheia. A justiça comutativa própria da relação promessa-por-consideração é justificação suficiente; não é preciso recorrer a outros argumentos de ordem moral (como a moralidade das promessas) ou utilitarista

15 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 47.

16 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 64.

(como a melhor eficiência na distribuição dos riscos do contrato) para justificar a recomposição coercitiva do interesse do contratante ao objeto da *consideration*.¹⁷

A posição do autor acerca da *implication* reflete essa ideia básica. Como dito, Benson considera que a solução para as contendas a propósito das contingências enfrentadas na execução do contrato deve ser sempre encontrada com base no arranjo contratual, reputando ilegítima qualquer possibilidade de aplicação de critérios de investigação da vontade hipotética das partes, de moralidade promissória, de utilidade e eficiência, e de justiça distributiva.¹⁸

A rigor, portanto, a teoria transacional não considera que a heterointegração proposta pela regra-padrão seja possível porque pressupõe que o contrato não tenha, efetivamente, quaisquer lacunas de sentido. E é do arranjo institucional do contrato, concebido como uma relação bilateral do tipo “promessa-por-consideração”, que se extraem os termos implícitos necessários à sua adequada execução.

Dessas premissas teóricas se extraem as seguintes consequências. Por um lado, os termos implícitos meramente especificam o sentido e o alcance das obrigações contratuais à luz da relação bilateral tipicamente contratual, a promessa-por-consideração, não deixando espaço para a inserção, indevida, de valores estranhos ao contrato, e oferecendo, a cada parte, nada diverso do valor inteiro e justo da prestação convencionada.¹⁹ Por outro lado, essa especificação das obrigações de uma parte exclusivamente à luz das obrigações recíprocas e contrapostas (*consideration*), operação pautada pela bilateralidade e reciprocidade do contrato, evidencia um sentido de razoabilidade na interpretação da avença, em clara contraposição à racionalidade e, conseqüentemente, unilateralidade que inspira as

17 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 66.

18 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 127.

19 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 131.

propostas da regra-padrão voltadas para a vontade presumível das partes do contrato.²⁰

De acordo com o autor, a interpretação e a inferência de termos implícitos segundo a razoabilidade tomam por parâmetro o chamado “teste objetivo” (*objective test*), critério de análise da relação contratual e do impasse presente na execução que busca a percepção não do arranjo contratual ideal e abstrato, mas, sobretudo, concreto e contextualizado. Para essa finalidade, o teste objetivo toma em consideração, cumulativamente: i) a visão do “destinatário razoável” do contrato, ii) a respeito da prestação que lhe foi prometida, iii) no sentido que efetivamente motivou a sua própria promessa (isto é, da *consideration* razoavelmente ponderada), iv) considerando as circunstâncias e o contexto da contratação, v) bem como os fatos e presunções conhecidos e razoavelmente disponíveis para as partes.²¹

Todas essas considerações remeteriam a uma possível “divisão do trabalho” entre o arranjo institucional do contrato, dado pela lei, e as escolhas contingentes das partes, presentes nas cláusulas expressas, no seguinte sentido:

É dado às partes escolher o conteúdo contingente, mas não o caráter do tipo de relação que determina a caracterização jurídica do contrato e os efeitos da sua escolha. Esse mesmo arranjo relacional determina se algo conta como um termo contratual expresso e operativo e determina também a adequação de termos e condições implícitas para uma transação em particular: todos os termos, expressos e implícitos, têm sua existência e sentido apenas enquanto aspectos dessa relação promessa-por-consideração construída

20 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 132.

21 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 112. Segundo o autor, os mesmos critérios do razoável e do teste objetivo são aplicáveis às hipóteses de impossibilidade e frustração do contrato e descumprimento de deveres decorrentes da boa-fé (pp. 144 e 156).

de acordo com o teste objetivo. Ela oferece um ponto de vista unificado para a formação e interpretação do contrato e para o fenômeno dos termos implícitos.²²

Benson propõe, enfim, como alternativa radical à teoria da regra-padrão, que os termos implícitos não resultam nem da investigação da vontade hipotética das partes, nem das suas escolhas contingentes, expressas nas prestações prometidas, nem, tampouco, da leitura do julgador, a partir de critérios de justiça eleitos discricionariamente. Resultam, na verdade, do arranjo institucional relacional do contrato, interpretado segundo a razoabilidade e o teste objetivo, de maneira a especificar as obrigações de cada parte e a elas assegurar o valor inteiro e justo de suas prestações, e nada além disso.

Ademais, a diferença de posição entre as vertentes da regra-padrão e a teoria transacional reconduz, como visto, a uma distinção essencial de perspectiva quanto ao critério de justificação do instituto da *implication* e, mais fundamentalmente, de justificação da exigibilidade do próprio instituto do contrato.

Na regra-padrão, a integração do sentido do contrato se pauta na racionalidade real ou presumida das escolhas contingentes que cada parte fez ou teria feito, caso se deparasse com a circunstância imprevista; ou, ainda, na racionalidade, na eficiência ou na utilidade (em sentido amplo) vislumbrada pelo julgador naquela situação, ou naquela ordem de situações.²³

22 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 132. No original: “It is up to the parties to choose their preferred contents but not the character of the kind of relation that determines the contractual juridical characterization and effects of their choice. This same relational framework determines whether something counts as an operative express contractual term in the first place but also the appropriateness of implying terms and conditions for a particular transaction: all terms, both express and implied, have their existence and meaning only as aspects of this promise-for-consideration relationship construed in accordance with the objective test. It provides a unified standpoint for contract formation, interpretation and implication”.

23 CHARNY, David. Hypothetical Bargains. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 89, n. 7, 1991, pp. 1815-1879, p. 1816.

Mas, segundo a teoria transacional, a integração do sentido do contrato diante de situações ou obstáculos não expressamente regulados pelas partes deve se conduzir pela máxima da razoabilidade. Seu parâmetro de análise não é a racionalidade ou as escolhas das partes, mas a relação contratual propriamente dita e o específico arranjo contratual adotado: a reciprocidade, a codependência, o contexto e as circunstâncias das promessas recíprocas dos contratantes. Seu fundamento de legitimidade não é (ao menos diretamente) o exercício da autonomia moral, ou a busca da máxima utilidade nas relações privadas, mas, apenas, a preservação do contrato como modo legítimo de os particulares transferirem e adquirirem pelo meio representacional das transações.

2. OS CRITÉRIOS OPERACIONAIS DA TEORIA TRANSACIONAL E A PRÁTICA JURÍDICA A RESPEITO

Conceitualmente, a teoria transacional considera que a interpretação do contrato e a identificação do sentido dos termos implícitos se deduzem do arranjo institucional consubstanciado na relação promessa-por-consideração construída de acordo com o princípio da razoabilidade e com o teste objetivo. Peter Benson defende que quando o tribunal infere termos e condições implícitos da relação contratual, o que faz é se valer de um sentido objetivamente construído da específica transação. Consequentemente, considera que as partes não devam ser razoavelmente jungidas aos termos expressados senão em conjunção com dados termos ou condições não escritos no contrato.²⁴ Na imaginada “divisão do trabalho”, os primeiros expressam a racionalidade dos contratantes e os segundos a razoabilidade da específica relação contratual.

Concretamente, partindo-se desse pressuposto, o processo de inferência de termos implícitos seria realizado por meio do recurso

24 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 133.

às ideias de *intenção presumida* (também denominada *intenção da transação*) e de *necessidade transacional*. Para entender melhor o significado desses conceitos, e sobretudo a diferença entre a ideia que encerram e aquela praticada pela teoria da regra-padrão, recorramos à explicação oferecida pelo autor:

(...) a intenção presumida não representa o que cada parte, ou mesmo ambas as partes em conjunto, teriam (provável ou hipoteticamente) intencionado se tivessem abordado expressamente o significado do evento ou da circunstância que afeta a performance. Intenção presumida também não é um critério secundário de substituição para a aproximação da vontade subjetiva desconhecida das partes ou um dispositivo para a imposição de normas e valores extracontratuais em um assunto a respeito do qual o silêncio das partes importe simples ausência de acordo. Antes, a intenção presumida se refere àquilo a respeito do que as partes de um dado contrato *devam* razoavelmente ter convergido porque *necessário* para evitar a falta de consideração no sentido mais amplo de um evento ou circunstância na ou após a formação que teria tornado o contrato inútil, desprovido do justo valor ou benefício que pretendia contemplar ou simplesmente absurdo.²⁵

25 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 133, 134. No original: “(...) *presumed intention does not represent what either party, or even both parties jointly, would (probably or hypothetically) have intended if they had expressly addressed the significance of the event or circumstance that affects performance. Nor is presumed intent a second-best strand-in for the approximation of the parties unknown subjective consents or a device for the imposition of extracontractual norms and values on a matter with respect to which party silence signifies sheer absence of agreement. Rather, presumed intent refers to what the parties to a given contract must reasonably have intended because necessary to avoid a failure of consideration in the wider sense of an event or circumstance at or after formation that would render the contract futile, devoid of fair value or benefit that it contemplated, or plainly absurd*”.

Em síntese, há duas ideias importantes nesse argumento que posiciona a relação transacional como objeto preponderante do esforço interpretativo e inferencial. Em primeiro lugar, ele busca explicitar a condição ou circunstância razoável (aquela que poderia ser deduzida por um destinatário razoável) e que se encontra implícita ao objeto do contrato, qual efetivamente pretendido pelas partes. Em segundo lugar, o argumento proposto pelo autor exige que o termo ou a condição implícita, inferido pela interpretação judicial, seja de tal ordem ou natureza que deva ser encampado necessariamente, sob pena de todo o contrato se tornar um texto inócuo, absurdo, sem sentido ou opressivo para ao menos uma das partes.²⁶

Para ilustrar sua posição, o autor se refere a quatro precedentes judiciais conhecidos do *common law*, em que ideias relacionadas às da proposta transacional teriam sido tomadas em consideração.

No precedente britânico *Kingston v. Preston* (1773)²⁷, Kingston, representante comercial, pretendia a execução de contrato que previa que Preston, dono do negócio, transferiria a ele mercadorias para comércio contra o oferecimento de garantia. O demandante não havia oferecido a garantia prometida, mas o contrato não continha cláusula expressa condicionando o cumprimento da prestação de transferir à obrigação de garantir. A jurisprudência que então prevalecia pressupunha que o contrato bilateral obrigava uma parte a cumprir sua prestação independentemente do cumprimento da prestação adversa.²⁸ O tribunal britânico, ao apreciar o caso, alterou a orientação jurisprudencial que até então prevalecia e considerou que a obrigação de Preston estaria implicitamente condicionada ao cumprimento *prévio* da obrigação de Kingston, pois não faria sentido exigir que aquele lhe transferisse a mercadoria sem o oferecimento *prévio* de qualquer espécie de garantia. A decisão afirma que a dependência ou

26 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 134.

27 REINO UNIDO. COURT OF QUEEN'S BENCH. *Kingston v Preston* (1773) 2 Doug KB 689.

28 Conforme *Paradine v. Jane* (1647) (REINO UNIDO. COURT OF KING'S BENCH. *Paradine v. Jane* (1647) EWHC KB J5).

independência das prestações de um contrato deveria ser inferida, caso a caso, a partir da *intenção da transação*, que deve ser deduzida do sentido e significado evidente das partes, levando em consideração os termos expressos, o objeto da transação, a essência da avença.²⁹ Presumiu-se, portanto, com base na qualidade das partes, nos termos expressos, no objeto e na natureza do contrato em questão, que a transação tenha tido a intenção de condicionar a transferência da mercadoria à prestação prévia de garantia, pois do contrário uma das partes ficaria submetida a todo o risco do negócio.

Em seguida, o autor considera o precedente britânico *Boone v. Eyre* (1777)³⁰, em que o demandante pedia a resolução por inadimplemento de contrato de compra e venda de uma plantação acompanhada de um grupo de escravos, situados nas Índias Orientais. Pela aquisição, o demandado pagaria o preço inicial de 500 libras esterlinas mais parcelas anuais e vitalícias de 160 libras. O demandado, que havia deixado de pagar uma prestação anual, alegou que Boone não possuía escravos no momento da contratação, razão pela qual não poderia exigir a prestação contratual. Para o que importa à discussão das cláusulas implícitas, interessa ter o tribunal considerado que o inadimplemento fora trivial, limitado a um aspecto menor do contrato, e assim não autorizaria a resolução da avença. Afirmou-se, na oportunidade, que quando a inexecução se limita a um aspecto restrito e não alcança o “todo” (a “raiz” ou a “fundação do contrato”, segundo Lord Blackburn em *The Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzon and Co.*³¹), e o prejuízo pode ser compensado adequadamente por meio pecuniário, a parte inocente não deve ser desonerada de cumprir sua obrigação, sem prejuízo do seu direito ao ressarcimento pecuniário.

29 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 135.

30 O caso *Boone v. Eyre* é referenciado diretamente por BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 137 e em outros trabalhos como *Boone v. Eyre* (1777) 1 H Bl 273.

31 REINO UNIDO. COURT OF APPEALS. *The Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzon and Co.* (1884) 9 App. Cas. 434, 443.

O tribunal presumiu, enfim, que a intenção da transação concebida pelas partes não fora prejudicada pelo inadimplemento da anuidade, o que justificaria a restauração do prejuízo independentemente da preservação do contrato.

O terceiro precedente mencionado pelo autor é o caso norte-americano *Jacob & Youngs Inc. v. Kent* (1903)³². Nessa demanda, a empreiteira *Jacob & Youngs Inc.* requeria o pagamento da remuneração avençada com o demandado pela edificação da residência deste. O demandado justificava a recusa em fazer o pagamento alegando que o contrato previra o emprego de uma marca específica de encanamento na construção, o que a empreiteira não havia observado. O tribunal reputou que o demandante fazia jus à remuneração, pois o inadimplemento havia sido trivial e havia demonstrado disposição em comprovar que o encanamento seria equivalente ao avençado, não acarretando efetivo prejuízo ao tomador do serviço. Na mesma linha do julgado anterior, a decisão afirma que “*a intenção não explicitada pode ser presumida diante do que é provável e razoável*” e que, ausente cláusula expressa, não seria razoável se supor que as partes tenham a intenção de que todos os termos do contrato sejam hipóteses de resolução, especialmente quando o significado da omissão quanto à obrigação do empreiteiro se revela severamente desproporcional à opressão representada pelo não pagamento da remuneração que fora avençada em seu favor.³³ A decisão favorece a preservação da relação contratual face a um inadimplemento trivial, mas também pondera a dificuldade envolvida no eventual desfazimento da construção e a grande significação da remuneração para o orçamento anual da empreiteira. Em síntese, o tribunal norte-americano, considerando a desproporcionalidade entre o inadimplemento vindicado e a remuneração do contratado, inferiu à transação um termo implícito

32 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. NEW YORK COURT OF APPEALS. *Jacob & Youngs, Incorporated, v. George E. Kent* 230 N.Y. 239; 129 N.E. 889; 1921 N.Y. LEXIS 828; 23 A.L.R. 1429.

33 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 138.

que atenuaria o efeito da disposição das partes acerca do encanamento que deveria ser utilizado na edificação.

O último caso citado pelo autor para explicitar a aplicabilidade concreta da teoria transacional sobre os termos implícitos é o precedente britânico *The Moorcock* (1889)³⁴. Nesse caso, um grupo de donos de navios cargueiros processava o proprietário de um píer no rio Tâmis, pedindo a reparação de danos decorrentes do descumprimento do contrato de uso do local para a descarga de suas mercadorias. Na operação, as embarcações haviam sido danificadas pelo desnível do leito do rio, circunstância da natureza sobre a qual os demandados alegavam não ter qualquer controle. O tribunal decidiu que o contrato de uso do espaço pressupunha o descarregamento do navio, o que permitiria inferir um dever de cuidado por parte dos cedentes-proprietários, que deveriam ter notificado os cessionários sobre o perigo ou ao menos a ausência de inspeção a tal respeito. A decisão afirma que se tal obrigação não fosse presumida, os demandantes estariam simplesmente “*adquirindo uma oportunidade de perigo*”, o que não satisfaria os requisitos mínimos de uma relação contratual bilateral.³⁵

3. INTENÇÃO PRESUMIDA, NECESSIDADE TRANSACIONAL E AS DUAS FORMAS DA *IMPLICATION*

Resumindo os elementos conceituais comuns aos quatro julgados mencionados acima a propósito da inferência de termos e condições implícitos aos contratos, Peter Benson afirma ser razoável presumir que as partes de qualquer relação contratual tenham pretendido conferir ao contrato todo o significado que seja necessário para evitar a falta da *consideration* no momento da execução, o que se traduz concretamente como tornar a execução inútil, removendo do contrato qualquer valor ou benefício, tornando-o opressivo para

34 REINO UNIDO. COURT OF APPEAL. *The Moorcock* (1889) 14 PD 64.

35 BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 141.

uma das partes, ou simplesmente o tornando absurdo. A necessidade dos termos e condições implícitos na relação contratual, insiste o autor, não se refere ao que se faça preciso para a execução física das prestações ou para o aprimoramento do contrato. Não se deve pretender justificar tal inferência nas escolhas hipotéticas das partes, de acordo com seus critérios de racionalidade, ou em parâmetros de justiça estranhos à relação contratual concretamente considerada. O exercício dedutivo judicial deve se satisfazer com explicitar aquilo que o contrato realmente significa, o que abrange tanto o juízo pela necessidade ou não de se inferir um termo implícito como o juízo relativo ao conteúdo que lhe deva ser atribuído.

Essa dualidade do exercício do trabalho inferencial necessário para expressar adequadamente o significado do contrato reflete a dualidade dos conceitos propostos por Benson a propósito dos termos implícitos. Verifica-se que a inferência de termos implícitos pode se pautar em uma *mera especificação do sentido do contrato*, tal qual dado pelo arranjo contratual, ou, contrariamente, que pode ir além, sugerindo termos e condições cujo conteúdo tem o efeito prático de *delimitar o espaço dentro do qual seja razoável o exercício da autonomia contratual*. Apenas nessa segunda hipótese é que se faria necessária a atribuição de conteúdo substancial aos termos implícitos, o que no primeiro caso já teria sido predeterminado.³⁶ Paralelamente, essa segunda modalidade envolveria considerações mais problemáticas acerca dos limites da dedução de termos implícitos pelo julgador, que deve se abster de interferir ou distorcer a relação contratual

36 Com base em critérios oriundos da teoria da comunicação (inferência pragmática), Adam Kramer (Implication in Fact as an instance of contractual interpretation. *The Cambridge Law Journal*. Cambridge, vol. 63, n. 2, jul-2004, pp. 384-411, p. 407) propõe uma dicotomia diversa para a análise da *implication: implication in fact x implication in law*. As duas formas de inferência aqui propostas se referem indistintamente a circunstâncias de fato e de direito, mas não excluem o emprego de critérios pragmáticos na interpretação do sentido dos contratos. Em outra perspectiva, lastreado em diferenças entre as etapas da negociação, formação e execução do contrato, Jules Coleman *et al* também defende uma classificação de ordem pragmática-contextual para a regra-padrão (COLEMAN, Jules; HECKATHORN, Douglas; MASER, Steven. A Bargaining Theory approach to default provisions and disclosure rules. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Cambridge, v. 12, n. 3, 1989, pp. 639-709, p. 679).

estabelecida entre as partes. Daí a importância da adstrição, referida pelo autor, ao mínimo necessário para evitar o esvaziamento do sentido do contrato. Haveria, enfim, uma *forma fraca* e uma *forma forte* de inferência ou atribuição de termos e condições implícitos como correlatos aos requisitos conceituais propostos por Peter Benson para a compreensão da *implication*: a intenção presumida e necessidade transacional.

Sob a aqui denominada forma fraca da *implication* se alinharia a resolução conferida aos dois primeiros precedentes mencionados pelo autor: *Kingston v. Preston* e *Boone v. Eyre*. Veja: os termos implícitos inferidos nesses casos se traduzem meramente na explicitação da *intenção da transação* entre as partes. Na primeira situação, a precedência cronológica da prestação da garantia com relação à transferência da mercadoria para comercialização ao representante da empresa é evidente tradução daquilo que as partes, conjuntamente, efetivamente pretendiam com o contrato. No segundo julgado, a decisão se refere à circunstância de que o inadimplemento da anuidade, aspecto restrito de uma pluralidade de prestações previstas no contrato, não abala o todo, a raiz ou a fundação da relação contratual, e poderia ser remediado adequadamente pela via indenizatória. Em ambos os casos, ao deduzir a condição implícita aos termos do próprio contrato, o tribunal dá efetiva prevalência à intenção presumida da transação e nada mais. Meramente recorta, do significado potencial do texto contratual, o significado efetivo (e não hipotético) pretendido pelas partes, conjuntamente, dada a natureza, o objeto e o contexto da transação.

A situação é radicalmente diferente nos outros dois julgados mencionados por Benson. A decisão do precedente britânico *The Moorcock* não apenas explicita o que se encontrava implícito na negociação das partes, mas vai além, estabelecendo uma obrigação de garantia que não estava contemplada no contrato. Naquela situação, o cedente se considerava irresponsável pelo risco decorrente da inconstância do desnível do leito do rio e o cessionário sequer estava ciente dessa circunstância. Não se pode dizer que se trate de mera

explicitação da intenção presumida da transação, pois é duvidoso que ao menos o cedente tenha cogitado que a sua prestação contemplasse, para além da cessão do espaço, também a obrigação de advertência ou inspeção ao leito do rio. Essa obrigação foi efetivamente *inventada* pelo tribunal como *necessária à sobrevivência da transação*, à execução adequada do contrato como uma relação bilateral do tipo “promessa-por-consideração”, o que é dizer, a fim de que as partes recebessem o valor inteiro e justo das prestações convencionadas.

Jacob & Youngs Inc. v. Kent também encerra uma inferência que vai além da intenção presumida da transação. Aqui, a limitação da responsabilidade do empreiteiro pela desconformidade do material empregado na obra, inferida pelo tribunal, contraria a disposição expressa no contrato que estabelecia a marca a ser utilizada. Com isso, determina que o dono da obra se contente com a edificação em parâmetro técnico diferente daquele expressamente contratado. Não há só uma relação, mas há sobretudo uma aparente incompatibilidade entre a norma inferida e a intenção da transação, ou ao menos uma contradição entre a norma inferida e a disposição expressa das escolhas contingentes das partes.

Essa última espécie de inferência de termos e condições implícitos não se satisfaz, portanto, com o critério da intenção presumida. Aqui, é claro que era intenção dos contratantes utilizar a marca de encanamento avençada. Diferentemente do que se vê nos dois casos anteriores, a solução encontrada pelo tribunal não se pode dizer deduzida do mero significado potencial do texto contratual, do significado efetivamente pretendido pelas partes, dada a natureza, o objeto e o contexto da transação. A questão aqui é que o significado presumível tornaria o contrato — concebido como uma relação bilateral promessa-por-consideração — absurdo ou no mínimo opressivo para ao menos uma das partes.

Essa hipótese evidencia o elemento do razoável inerente à *implication* e o específico modo por meio do qual ele encontra uma aplicação forte e substancial na interpretação dos contratos: a *necessidade da transação*. Nessa forma de inferência de termos

implícitos, o recorte realizado pelo julgador se traduz em mais que a exposição de algo que já se encontrava oculto no contrato; traduz-se efetivamente em um decote semântico que pode avançar inclusive sobre a vontade das partes contratantes, efetivamente manifestada, na tutela daquilo que se apresente como necessário e indispensável à preservação da bilateralidade do contrato naquele tipo e contexto específicos de contratação.

Justifica-se, por esses fundamentos, que os julgadores em *The Moorcock* tenham inventado uma obrigação de garantia por parte dos cedentes proprietários do píer sem que esta estivesse quer no horizonte volitivo dos cedentes, quer no horizonte cognoscitivo dos cessionários. Os proprietários consideravam o risco um fato da natureza, sobre o qual não lhes poderia ser pressuposto controle. Para que a transação não fosse opressiva, porém, fazia-se necessária a previsão dos deveres implícitos de inspeção ou ao menos advertência, sem o que o uso do píer para o desembarque de mercadorias redundaria em mera “*aquisição de uma oportunidade de perigo*”.

Já na decisão de *Jacob & Youngs Inc. v. Kent*, os julgadores deduziram um termo implícito que contrariou a cláusula expressa no contrato, que previra o uso do encanamento de determinada marca ou fabricante. O recurso à intenção presumida é claramente insatisfatório para a anulação implícita dessa condição. A intenção da transação compreendia, aqui, o uso do encanamento expressamente avençado. É, de novo, o conceito da *necessidade da transação*, avaliada na perspectiva do destinatário razoável (isto é, pelo “teste objetivo”), que autoriza o julgador a ponderar que a exigência em questão seria opressiva e desproporcional à prestação adversária, pois sua execução literal, com a substituição do encanamento contratualmente contemplado pelo efetivamente instalado, esvaziaria completamente o benefício do contrato.

Importante destacar que o próprio Benson não cuida de demarcar a distinção entre a intenção presumida e a necessidade da transação, tratando os requisitos como indistintos. Não obstante, parece ser apenas nessa segunda modalidade (que denominamos *forte*

ou substancial) que a *implication* reclama efetivamente a aplicação dos conceitos de razoabilidade, em conformidade com o teste objetivo, e de necessidade transacional, para salvar os contratos privados da inutilidade, do completo desvalor ou da ausência de sentido. À intervenção necessária se pressupõe insito o princípio da interferência mínima do julgador, isto é, pressupõe-se que o juiz estabeleça o termo ou condição minimamente necessário e indispensável a que o contrato não seja frustrado. É também nessa hipótese que o julgador opera com autorização e discricionariedade para eleger o específico conteúdo do termo ou condição implícitos ao contrato ou um remédio alternativo para a reparação do prejuízo, seja ele uma garantia adicional, a modulação dos efeitos do descumprimento de uma cláusula contratual etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Peter Benson contesta a teoria da regra-padrão a propósito da inferência de termos e condições implícitos nos contratos sustentando que a teoria não oferece uma justificação adequada para o fenômeno da *implication* e que o contrato, uma vez constituído, não pode apresentar quaisquer lacunas: sua interpretação, diante de contingências imprevistas ou obstáculos à execução, deve ser sempre feita com referência ao arranjo contratual concreto.

Essa compreensão se pautaria no critério da razoabilidade e no parâmetro do teste objetivo. Seria também aplicável às hipóteses de inexecução de prestação e deveres anexos, de impossibilidade e de frustração do fim do contrato, pois necessária e indispensável à atribuição a cada parte do valor inteiro e justo dos benefícios contratualmente contemplados.

O autor antevê, assim, uma divisão do trabalho entre os termos expressos e os termos implícitos ao contrato, sendo os primeiros responsáveis por veicular as escolhas contingentes das partes, pautadas por sua racionalidade, enquanto os segundos surgem como

expressão dos limites e condições impostos àquelas pelo arranjo da relação contratual, orientados pela máxima da razoabilidade.

Concretamente, termos expressos devem ser interpretados e termos implícitos devem ser inferidos em conformidade com a intenção presumida e com a necessidade transacional, sob a perspectiva do teste objetivo (isto é, de um destinatário razoável), de maneira a evitar sobretudo que o contrato redunde em um documento inútil, absurdo, opressivo ou desprovido de qualquer valor ou benefício para ao menos uma das partes.

Das decisões dos precedentes judiciais mencionados pelo autor, *Kingston v. Preston* (1773), *Boone v. Eyre* (1777), *The Moorcock* (1889) e *Jacob & Youngs Inc. v. Kent* (1903), percebe-se que o critério da *intenção presumida* basta à justificação das normas inferidas nas duas primeiras soluções; e que as duas últimas não prescindem de um juízo acerca da *necessidade da transação*, sob a perspectiva do teste objetivo.

O exame dos conceitos da teoria transacional e a análise dos julgados referidos por Benson evidenciam que há uma forma fraca e uma forma forte de inferir termos e condições implícitos nos contratos. A inferência de termos implícitos pode se pautar em uma mera especificação do sentido do contrato, ou, contrariamente, pode ir além, ao sugerir termos e condições cujo conteúdo tem o efeito prático de delimitar o espaço dentro do qual seja razoável o exercício da autonomia contratual.

Na sua forma fraca, a inferência é formal, pois se realiza a partir da delimitação do mero significado potencial do texto contratual, buscando o significado efetivamente pretendido pelas partes, dada a natureza, o objeto e o contexto da transação. Já a forma forte pressupõe que o significado presumível tornaria o contrato inútil, despido de valor, absurdo ou opressivo para ao menos uma das partes, e por isso se vale do conceito de necessidade da transação, vista a partir do destinatário razoável, como indispensável para evitar a frustração completa da avença.

Apenas essa última modalidade de inferência promove a integração ou a modificação substancial do conteúdo contingente do

contrato, do disposto expressamente pelas partes, em consonância com o princípio da razoabilidade. Nela, caberá ao julgador eleger a modalidade ou o instrumento mais adequado à veiculação da norma implícita, que pode assumir a forma de uma garantia adicional, da modulação de efeitos do descumprimento de uma cláusula expressa e assim por diante.

Em síntese, o exame realizado indica que a inferência de termos contratuais implícitos em sua forma fraca se satisfaz com o critério da intenção presumida, e que apenas a forma forte demanda o recurso à necessidade da transação, sob a perspectiva do teste objetivo e da razoabilidade. A indicação dessa diferença conceitual desperta o interesse acerca dos parâmetros e dos limites do trabalho inferencial do tipo forte, mas Peter Benson não oferece considerações mais detalhadas a esse respeito. Ainda assim, é possível divisar alguns parâmetros elementares do exercício dessa competência, a partir da teoria transacional: adstrição ao mínimo necessário à não frustração da transação e orientação do julgador ou intérprete pelo princípio da razoabilidade, em conformidade com o teste objetivo (*i.e.*, a partir da perspectiva do destinatário razoável).

REFERÊNCIAS

BENSON, Peter. *Justice in Transactions*. A theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

CHARNY, David. Hypothetical Bargains. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 89, n. 7, 1991, pp. 1815-1879.

COLEMAN, Jules; HECKATHORN, Douglas; MASER, Steven. A Bargaining Theory approach to default provisions and disclosure rules. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, v. 12, n. 3, 1989, pp. 639-709.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. NEW YORK COURT OF APPEALS. *Jacob & Youngs, Incorporated, v. George E. Kent* 230 N.Y. 239; 129 N.E. 889; 1921 N.Y. LEXIS 828; 23 A.L.R. 1429.

FRIED, Charles. *Contract as Promise: a theory of contractual obligation*. 2ª Ed. New York: Oxford University Press, 2015.

KRAMER, Adam. Implication in Fact as an instance of contractual interpretation. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, vol. 63, n. 2, jul-2004, pp. 384-411.

POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 107, n. 8, jun-2009, pp. 1349-1363.

REINO UNIDO. COURT OF APPEALS. *The Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzon and Co.* (1884) 9 App. Cas. 434, 443.

REINO UNIDO. COURT OF APPEALS. *The Moorcock* (1889) 14 PD 64.

REINO UNIDO. COURT OF KING'S BENCH. *Paradine v. Jane* (1647) EWHC KB J5.

REINO UNIDO. COURT OF QUEEN'S BENCH. *Kingston v Preston* (1773) 2 Doug KB 689.

CONTRATOS DE ADESÃO NA TEORIA DE PETER BENSON

Henrique Rabelo Quirino

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que os sistemas da *common law* e da *civil law* possuem muito o que aprender e absorver um do outro, não apenas no campo da dogmática jurídica, mas, também, no campo da teoria do direito.

Em se tratando de teoria do direito contratual, um dos grandes nomes que orientam o debate sobre os fundamentos da tutela jurídica dos contratos na *common law* é o do jurista canadense Peter Benson, atual professor da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto. A tese formulada e defendida por Benson, embora construída com base na tradição da *common law*, em princípio, pode ser exportada para sistemas que adotam outras tradições jurídicas. O fato, inclusive, é reconhecido pelo próprio autor no Prefácio de sua principal obra, “*Justice in Transactions: a theory of contract law*”:

(...) muito embora tenha sido construída para o common law em um arranjo judicial, o caminho traçado pela justificação pública proposta pode ser relevante para o desenvolvimento de um enfoque teórico similar para outros sistemas modernos de direito contratual – notadamente, aqueles pertencentes à tradição civilista.¹

1 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p.29, tradução do autor. Texto original: “(...) even though it is worked out for the common law in a judicial setting, the path taken by the proposed public justification may be relevant in developing a similar theoretical approach for other modern systems of contract law—most obviously, those belonging to the civilian tradition.”

Sendo assim, na permanente busca pelo aprimoramento da zetética do direito contratual, o presente artigo busca melhor compreender os desafios apresentados pelos contratos de adesão (*standard-form contracts*) à proposição de uma teoria do direito contratual que se pretenda coerente, bem como avaliar as formas por meio das quais Benson, em sua obra, enfrenta esses desafios.

Para tanto, a fim de melhor contextualizar o debate, o primeiro capítulo traçará um panorama geral acerca das duas principais vertentes teóricas que orientam o debate acerca da teoria do direito contratual. Na sequência, o segundo capítulo apresentará, de forma breve, a saída proposta por Benson a essa dicotomia, com a apresentação de sua tese.

Avançando sobre a discussão central do trabalho, o terceiro capítulo se destinará ao exame das principais dificuldades trazidas pelos contratos de adesão à formulação de uma teoria íntegra do direito contratual. Por fim, o mesmo capítulo se destinará a escrutinar o tratamento oferecido por Peter Benson a esses desafios.

1. PARA ALÉM DA MORALIDADE PROMISSÓRIA E DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Os debates acerca dos fundamentos do direito contratual revolvem, em geral, em torno de dois grupos teóricos principais: moralidade promissória e eficiência econômica. A tese da moralidade promissória, na realidade, se refere a uma família de teorias cuja origem remonta à filosofia grega, tendo se desenvolvido progressivamente até suas versões mais contemporâneas. As primeiras visões da moralidade promissória, agrupadas sobre a alcunha geral de “visões tradicionais”², fundamentavam o dever de cumprir as promessas em imperativos superiores e termos absolutos, tais como o “direito natural” e a “virtude”. Como representativo desse grupo, Aristóteles defendia o

2 HABIB, Allen. Promises. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/promises/#TraTheVirNatLaw>. Acesso em: 30 ago. 2021.

dever de observar as promessas feitas em deferência às virtudes de honestidade e justiça, inclusive quando puramente gratuitas:

Examinemos a ambos, mas antes de tudo ao homem veraz. Não estamos falando daquele que cumpre a sua palavra nas coisas que dizem respeito à justiça ou à injustiça (pois isso pertence a outra virtude), mas do homem que, em assuntos onde nada disso está em jogo, é veraz tanto em palavras como na vida que leva, porque tal é o seu caráter. Sem embargo, uma pessoa dessa espécie será naturalmente equitativa, porquanto o homem que é veraz e ama a verdade quando não há nada em jogo deve sê-lo ainda mais quando vai nisso uma questão de justiça. Evitará a falsidade em tais casos como algo de ignóbil, visto que a evitava por si mesma; e tal homem é digno de louvor. E inclina-se mais a atenuar a verdade isso lhe parece de mais bom gosto, porquanto os exageros são tediosos.³

As visões tradicionais foram complementadas e acompanhadas por juristas romanos como Cícero e Gaio, bem como por escolásticos como Tomás de Aquino. À altura do século XVII, as teorias promissórias passaram a ganhar contornos mais complexos e se subdividir em uma pletera de diferentes ramos, dentre os quais se incluem o “contractarianismo” (*contractarianism*), o contratualismo (*contractualism*), o consequencialismo contratual (o qual, por sua vez, se subdivide em diversas teorias) e a teoria das expectativas⁴. O que todas essas teorias têm em comum é que buscam fundamentar a obrigatoriedade dos contratos (e também o direito contratual) em um dever moral preexistente.

3 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad.: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 90.

4 HABIB, Allen. *Op. cit.*, 2021.

Por sua vez, as teorias de eficiência econômica partem da noção de “análise econômica do direito”. Afastando-se de uma perspectiva moral, os defensores da eficiência econômica do contrato fundamentam a força jurídico-normativa da avença em seu potencial para maximizar a geração de valor para as partes. Se, como observou Galvani⁵, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o contrato é o “ponto de contato” entre o sistema jurídico e o sistema econômico, então pode-se considerar que o Direito tira da eficiência econômica seu *cogens*, ao passo que a Economia confia na força jurídica na busca pela geração de valor. Os sistemas, assim, se retroalimentam. Nesse sentido⁶:

O contrato, nesse prisma, será o ambiente para a alocação eficiente de recursos, para a distribuição de riscos e para a tomada de decisões. Portanto deve-se procurar, como anotam Zylbersztajn e Sztajn (2005), uma negociação que se dê em termos paretianos, quando os agentes puderem negociar direitos de propriedade que levem a uma melhoria das partes que negociaram, ou se uma parte puder melhorar compensando a posição da outra parte, colocam ainda os autores que o objetivo central passa ser o de motivar os agentes a cooperar transformando situações sem solução não-cooperativa em soluções factíveis. Nesse diapasão, ao garantir o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para a cooperação eficiente. (...) Segundo o autor⁷, dessa maneira se efetiva a eficiência requerida para a realização satisfatória das operações econômicas no complexo mundo contemporâneo, em face da principiologia constitucionalmente adotada.

5 GALVANI, Leonardo. *Análise Econômica do Contrato e Eficiência Contratual. Economic Analysis of Law Review*; Brasília, Vol. 9, Ed. 2, (May-Aug 2018), p. 194-211.

6 GALVANI, Leonardo. *Op. cit.*, 2018.

7 A citação se refere ao seguinte: KORNHAUSER, L. A. *Derecho de los contratos*. In: SPECTOR, H. *Elementos de análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 114.

No entanto, em meio a esse contexto dicotômico, autores como o canadense Peter Benson não observam em nenhuma das grandes vertentes teóricas expostas o potencial para adequada justificação dos fundamentos do direito contratual. Isso porque, segundo o professor canadense, ao buscarem justificação externa ao Direito (na moral e na Economia), essas teorias acabam não sendo capazes de se mostrar coerentes em relação a todos os institutos do direito contratual. No prefácio da obra *“Justice in Transactions: a theory of contract law”*, Benson enuncia suas intenções:

Ao longo das detalhadas discussões, na Primeira Parte, sobre as principais doutrinas e princípios contratuais – compreendendo formação, justiça e execução forçada do contrato – , eu tentarei demonstrar que estes refletem uma concepção de contrato que é estritamente jurídica: nem econômica, nem idêntica ao dever moral de cumprir as próprias promessas.⁸

Como passo importante para a adequada compreensão da concepção oferecida por Peter Benson acerca das regras de justiça e cogência aplicáveis aos contratos de adesão, faz-se necessário apreender, ao menos de forma geral, os elementos de sua própria teoria do direito contratual.

8 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, tradução do autor. Texto original: “Through the detailed discussions in Part One of the main contract doctrines and principles—covering formation, fairness, and enforcement—I shall try to show that these reflect a conception of contract that is strictly juridical: neither economic nor the same as the moral duty to keep one’s promises.”

2. A IDEIA DE CONTRATO COMO TRANSFERÊNCIA DE “TITULARIDADE”

Na obra *“Justice in Transactions: a theory of contract law”*, Benson busca afastar a moralidade promissória e a eficiência econômica como fundamentos do direito contratual. Isso porque, como denota o autor em diversas ocasiões, seu empreendimento “filosófico”⁹ vem em busca, sobretudo, de coerência entre as bases de um direito contratual e seu conteúdo normativo. Coerência esta que, segundo Benson, nenhuma dessas vertentes teóricas é capaz oferecer.

Como exemplo dessas incoerências sistêmicas, o autor menciona o cálculo da indenização com base no interesse positivo do contrato¹⁰, já apontado como controverso por Fuller e Perdue Jr. em trabalho anterior, datado de 1936:

Por exemplo, é comum encontrar a regra “normal” sobre dano contratual (que concede ao promissário o valor de sua expectativa, o “lucro perdido”) tratada como um mero corolário de um princípio mais fundamental, de que a razão de indenizar é oferecer uma “compensação” pelo dano. Mas, nesse caso, nós “compensamos” o autor dando a ele algo que nunca teve. Isso parece, em princípio, uma forma estranha de “compensação”. Nós podemos, certamente, fazer o termo “compensação” parecer apropriado dizendo que a falha do réu “privou” o autor de uma expectativa. Mas isso é, em essência, apenas uma declaração metafórica dos efeitos da regra legal. Na realidade, a perda que o autor sofre (privação de

⁹ Optou-se por utilizar o termo “filosófico” entre aspas porque Benson (2019, p. 27) faz questão de frisar, no curso de sua investigação, que busca construir uma base pública de justificação para o direito contratual, e não propriamente uma filosofia do direito contratual. No entanto, isso não significa que seu empreendimento não seja filosófico; afinal, nada impede, aprioristicamente, que a filosofia funcione como meio, ainda que não seja o fim de determinada investigação.

¹⁰ BENSON, Peter. Contract. In: PATTERSON, Dennis (Coord.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. Malden; Wiley-Blackwell, 2010. p. 29-64.

uma expectativa) não é um dado da natureza, mas o reflexo de uma ordem normativa. Ela aparece como “perda” apenas em referência a um desejo oculto. Em consequência, quando a lei estima a indenização com base no resultado prometido, ela não está meramente medindo um quantum, mas buscando uma finalidade, por mais vaga que essa finalidade possa ser.¹¹

A fim de superar as notórias contradições entre o que os fundamentos extrajurídicos do direito contratual implicam e aquilo que realmente encontra-se positivado, Benson propõe a formulação de uma teoria que parta do próprio direito vigente. Sendo assim, sua missão fundamental é a de elaborar uma teoria do direito contratual que nasça a partir dos institutos do direito positivo, sendo com ele perfeitamente coerente; e, mais que isso, também seja moralmente deglutível e economicamente proveitosa (ou viável). Para Benson, essa coerência seria atingida por meio da compreensão do contrato como mecanismo de transferência da titularidade¹² de determinada substância (prestação ou coisa); transmissão esta que se operaria através da vontade dos contratantes.

11 FULLER, Lon Luvois; PERDUE, Jr., W. W. The reliance interest in contract damages. *Yale Law Journal*, 46:52-96, 1936, p. 373-420, tradução do autor. Texto original: “For example, one frequently finds the “normal” rule of contract damages (which awards to the promisee the value of the expectancy, “the lost profit”) treated as a mere corollary of a more fundamental principle, that the purpose of granting damages is to make “compensation” for injury. Yet in this case we “compensate” the plaintiff by giving him something he never had. This seems on the face of things a queer kind of “compensation”. We can, to be sure, make the term “compensation” seem appropriate by saying that the defendant’s breach “deprived” the plaintiff of the expectancy. But this is in essence only a metaphorical statement of the effect of the legal rule. In actuality the loss which the plaintiff suffers (deprivation of the expectancy) is not a datum of nature but the reflection of a normative order. It appears as a “loss” only by reference to an unstated ought. Consequently, when the law gauges damages by the value of the promised performance it is not merely measuring a quantum, but is seeking an end, however vaguely conceived this end may be.”

12 O termo “ownership”, utilizado pelo autor, traz dificuldades no momento da tradução. Embora a ideia veiculada por Benson se aproxime mais de uma noção de “propriedade” do que de simples “titularidade”, no presente trabalho, optou-se pelo uso do segundo termo, para o exclusivo fim de desambiguá-lo em relação à propriedade real, à qual os operadores do direito brasileiro estão acostumados.

Ao anunciar sua proposta, Benson se faz claro:

No entanto, eles juntos articulam uma concepção de contrato como uma forma particular de aquisição transacional entre as partes: uma transferência de titularidade entre as partes que é plenamente realizada e encontra-se completa na formação do contrato, antes e independentemente de sua execução. Adicionalmente, devo argumentar que essa concepção e as doutrinas do direito contratual são completamente independentes e distintas de quaisquer considerações de justiça distributiva. Talvez minha mais importante contenda aqui é a de que essa concepção organizadora de contrato como transferência não é introduzida ou imposta sobre o direito contratual de fora, com base em alguma visão moral, política ou filosófica de preferência. Em contrário, pretendo mostrar em detalhe como ela emerge inteiramente de uma análise interna dos principais princípios e doutrinas. A concepção proposta, de contrato como transferência, é necessária para explicar essas doutrinas em seus próprios termos.¹³

Nesse sentido, o que o autor busca – e trata-se de marca fundamental de sua teoria – é uma base pública de justificação

13 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. xi, tradução do autor. Texto original: “Instead, they together articulate a conception of contract as a particular form of transactional acquisition between the parties: a transfer of ownership between the parties that is fully effectuated by and is complete at contract formation, prior to and independently of actual performance. In addition, I shall argue that both this conception and the doctrines of contract law are completely independent and distinct from considerations of distributive justice. Perhaps my most important contention here is that this organizing conception of contract as transfer is not introduced to or imposed upon contract law from the outside, on the basis of some favored moral, policy, or philosophical view. To the contrary, I hope to show in detail how it emerges wholly from an internal analysis of the main contract doctrines and principles themselves. The proposed conception of contract as transfer is needed to explain these doctrines in their own terms.”

para o direito contratual. Essa base pública de justificação, aplicável essencialmente ao direito privado, teria como ponto de partida o direito vigente e seria indiferente a preceitos de justiça distributiva. Expressamente se referindo à teoria de John Rawls, Benson afirma que

Eu pretendo oferecer uma compreensão de justiça transacional que não apenas satisfaça as necessidades essenciais de uma teoria do direito contratual, mas que também possa adequadamente complementar a própria concepção política de justiça de Rawls, dentro de uma estrutura mais ampla de justiça liberal que inclui ambas.¹⁴

Vale notar que, ao que parece, o professor canadense busca determinar qual é a base pública de justificação do direito contratual, sem se preocupar com qual *deveria ser* essa base. Sendo assim, não se incumbe do ônus de demonstrar que sua teoria é a melhor dentre as disponíveis (que proporcione o maior bem) ou a única possível, mas, tão somente, que é totalmente coerente com os preceitos do direito contratual positivo, moralmente aceitável e economicamente viável.

3. CONTRATOS DE FORMA-PADRÃO NA COMMON LAW E JUSTIÇA CONTRATUAL

Como é cediço, contratos de adesão (também chamados de contratos de forma-padrão) são aqueles nos quais uma das partes se encarrega de estipular e redigir todo o conteúdo do contrato, sem que seja dada à outra a possibilidade de negociar as cláusulas e condições da avença. Nesse sentido é a definição apresentada por Benson: “os termos dos contratos de forma-padrão são apresentados

14 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. xii, tradução do autor. Texto original: “I hope to offer an account of justice in transactions that not only meets the essential needs of a theory of contract law but that also can suitably complement Rawls’s own political conception of justice within a broader framework of liberal justice that includes both.”

em formulários pré-impressos (ou seus equivalentes eletrônicos) que não foram individualmente negociados pelas partes”¹⁵.

Em geral, contratos de adesão representam um desafio para os juristas (e também para os teóricos e filósofos do direito) nos mais diversos sistemas. E, no caso da *common law*, não é diferente. Isso porque, nesse tipo de contrato, entram em xeque algumas das suposições tradicionalmente empregadas pelos teóricos do direito contratual para justificar o *pacta sunt servanda*, tais como: i) a de que os contratantes são todos livres e iguais; ii) a de que os contratantes possuem, um em face do outro, poder de negociação e barganha; e iii) a de que os contratantes possuem domínio e conhecimento do conteúdo da avença.

Logo no início do capítulo que dedica ao tema, o autor observa que os contratos de adesão, para parte da doutrina, desafiam os princípios do direito contratual básico¹⁶. Mas que a jurisprudência paradigmática dos tribunais aplica aos contratos de forma-padrão regras e princípios típicos do direito contratual geral, não os tratando como uma categoria diferente de transação. Além disso, Benson observa que, para a maioria das teorias contemporâneas, especialmente as econômicas, os contratos de forma-padrão possuem potencial de produzir valor para todas as partes, sendo importante instrumento de circulação de riqueza. Para essas teorias, o foco não deve estar na análise da bilateralidade da relação entre as partes, mas sim em “variáveis sistêmicas, como: a operação de mercados reais, e, não-raro, imperfeitos; as muitas diferentes funções econômicas – tanto explícitas quanto escondidas – das cláusulas-padrão; o impacto econômico de fazer cumprir ou excluir cláusulas-padrão; e assim por diante”¹⁷.

15 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 217, tradução do autor. Texto original: “(...) standard form terms are presented on preprinted forms (or their electronic equivalent) that have not been individually negotiated by parties”.

16 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 215.

17 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 216, tradução do autor. Texto original: “Rather, it should be, if at all, on systemic variables such as the operation of actual, often imperfect, markets;

O autor canadense reconhece que, de fato, é em um contexto sistêmico que os contratos de adesão podem dar azo a problemas de ordem econômica, social ou jurídica, que devem ser atacados por mecanismos legislativos ou administrativos, sobretudo na esfera consumerista ou de pequenos negócios. No entanto, observa que esses fatores extracontratuais não são relevantes do ponto de vista da teoria do direito contratual. E que, sem prejuízo dessa irrelevância dos fatores externos, os contratos de adesão merecem atenção por parte da teoria do direito contratual, por trazerem problemas de justificação que não são superados pelas teses tradicionais. A partir dessa observação é que Benson enuncia sua tese a respeito do tema: *os pactos de adesão possuem natureza contratual, expressando uma relação bilateral e transacional entre as partes, em respeito à ideia de razoável.*

Vale, desde logo, apontar o que o autor quer dizer quando se refere à razoabilidade, diferenciando-a da racionalidade, também empregada pelo professor canadense em sua obra. Embora essa discussão mereça a integralidade de um trabalho acadêmico, buscar-se-á diferenciar as duas concepções de forma simplificada.

A ideia de racionalidade representa, do ponto de vista individual do sujeito participante da relação, a adequação dos termos aos fins por ele buscados. Em outras palavras, uma decisão ou cláusula racional, para um dado sujeito, é aquela que atende os interesses desse sujeito. Por outro lado, a concepção de razoável é essencialmente intersubjetiva: diz respeito às expectativas que uma parte, de forma justa, deposita sobre a outra em relação à avença. Nesse sentido, Benson afirma que a ideia de razoabilidade pode ser compreendida como aquela que “especifica termos justos que se aplicam adequadamente a relações entre pessoas que são vistas como possuidoras de igual e independente capacidade de apresentar requisições uma vis-à-vis com a outra”. Sendo assim, uma cláusula razoável é aquela que, além de justa, acolhe a ideia de

the many different economic roles— both visible and hidden— of standard terms; the economic impact of enforcing or striking out standard terms; and so forth.”

que os contratantes são livres e iguais, com mútua capacidade de reivindicação e renúncia, vis-à-vis um com o outro.

Prosseguindo na interpretação da posição de Benson sobre os contratos de adesão, é importante ressaltar que, em sua obra, o autor se refere primordialmente àqueles contratos redigidos com orientação “geral”, isto é, àqueles cuja intenção seja a utilização repetitiva em um número indeterminado de transações idênticas ou muito similares. O caso paradigmático é o de contratos de consumo. Essa observação é importante porque, em razão dessa natureza geral das cláusulas, as partes aderentes (“form-takers”) são *razoavelmente* induzidas a pensar que um número grande de outras pessoas estão aderindo às mesmas cláusulas, nas mesmas condições. Isso, evidentemente, significa que, em muitos casos, os aderentes podem consentir com o teor de cláusulas que sequer foram lidas ou compreendidas corretamente.

No entanto, o fato de uma cláusula, no caso concreto, ter sido ou não lida ou compreendida por uma das partes não é de *per se* significativo para determinação da validade ou invalidade de seus termos. Do ponto de vista da formação do contrato, quando o aderente manifesta seu aceite em relação ao contrato, o faz por livre e espontânea vontade, sendo essa legítima forma de manifestação da *promise-for-consideration*. Nas palavras de Benson, “se o aderente manifesta seu aceite sem ler ou compreender esses termos, essa é a sua opção e decisão”¹⁸. Essa constatação, além de reforçar a natureza contratual dos negócios jurídicos formados por adesão, também ressalta o papel central da ideia de razoabilidade na interpretação desses tipos de contratos: não importa se o aderente de fato leu os termos; o que importa é que a natureza geral do contrato de adesão o faz, razoavelmente, esperar que não existam termos excessivamente onerosos ou desproporcionais.

Sendo assim, o que de fato é determinante para verificar a validade e a justeza de uma cláusula aposta em contrato de adesão

18 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 221, tradução do autor. Texto original: “If the offeree manifests acceptance without reading or understanding those terms, that is his or her choice and decision.”

é sua conformidade com o parâmetro geral de razoabilidade. Nesse sentido, Brian Bix, interpretando a tese de Benson, observa que “todos esses termos inesperados ou desarrazoados não serão objeto de cumprimento forçado”¹⁹. Por isso é que, segundo Benson, ainda que o aderente não tenha lido ou tomado conhecimento de uma cláusula, não poderá esquivar-se de cumpri-la ou pleitear sua alteração se ela for perfeitamente razoável e usual²⁰. A esse respeito:

Llewellyn não estava sozinho quando ele corretamente enfatizou que, com base no aceite *en bloc* à transação inteira, o aderente pode razoavelmente ser vinculado aos termos-padrão que sejam justos e balanceados, ainda que não lidos ou desconhecidos pela parte.²¹

Como destacado por Bix, desdobram-se em duas as possibilidades de desconformidade entre o contrato de adesão e a ideia de razoável: 1) a existência de cláusulas cuja presença, naquele contrato, não pudesse ser razoavelmente esperada (*unexpected terms*); e 2) a existência de cláusulas cujo conteúdo não seja razoável (*unreasonable terms*). Presente alguma dessas hipóteses de desconformidade, a cláusula em questão é considerada contratualmente injusta, podendo a parte aderente pleitear-lhe a anulação ou reforma.

A diferenciação entre as duas hipóteses supracitadas, apesar de útil do ponto de vista teórico, não possui tanta aplicação concreta. Afinal, pode-se arguir que toda cláusula cuja presença não seja razoável esperar possui, naturalmente, um conteúdo desarrazoado para o caso concreto. Na mesma linha, pode-se dizer que a presença de qualquer

19 BIX, Brian (2020). Justice in Transactions: A Theory of Contract Law. By Peter Benson. *The Cambridge Law Journal*, 79(2), p. 365, tradução nossa.

20 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 221.

21 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 221, tradução do autor. Texto original: “Llewellyn was not alone when he correctly emphasized that, on the basis of his or her assent *en bloc* to the whole transaction, a form-taker can reasonably also be held to standard terms that are fair and balanced even though unread by and unknown to the party.”

cláusula excessivamente desarrazoada não poderia ser razoavelmente esperada. Não obstante, as hipóteses serão tratadas de forma analítica.

A primeira hipótese, como é evidente, não traz maiores indagações. Seria o caso, por exemplo, da inclusão de uma cláusula que preveja doação de numerário em um contrato adesivo de seguro. A parte aderente não poderia razoavelmente esperar a presença de dita cláusula naquele contrato; sendo assim, a prestação por ela enunciada não será objeto de cumprimento forçado em qualquer juízo ou tribunal.

A segunda hipótese, a seu turno, levanta interessantes considerações teóricas. Como determinar se o conteúdo de determinada cláusula é ou não razoável? A resposta de Benson se baseia naquela inicialmente proposta por Karl N. Llewellyn²², e que encontra fundamento muito similar na seção 211 do *Restatement (Second) of Contracts*.

A escolha de Benson por essa via faz sentido, sobretudo porque tanto a tese de Llewellyn quanto aquela esboçada no *Restatement* reforçam a ideia de que as questões relativas à formação do contrato de adesão (ou ao conhecimento das cláusulas pelo aderente) não são relevantes para a análise da justeza da avença. Comentando mencionada seção 211, Eric A. Zacks observa que:

A seção 211 do *Restatement (Second) of Contracts* incorpora a aparente inabilidade da doutrina do direito contratual de se ajustar às realidades dos contratos de adesão modernos. A seção 211 foi uma solução profunda e elegantemente desenhada por teóricos contratuais impressionistas para lidar com o problema do consentimento em contratos de adesão. Com um compromisso entre a presunção de formação e a habilidade de as partes aderentes questionarem termos inesperados, a seção 211 aparentemente oferecia uma rota por meio da qual

22 LLEWELLYN, Karl N. *The Common Law Tradition: deciding appeals*. Quid Pro, LLC: 2015, p. 370-371.

juízes poderiam preservar a utilidade de contratos de adesão consumeristas, mas também impedir exageros por parte das partes estipulantes. (...) Se a formação não é mais um fardo tão importante para os contratos de adesão, e o consentimento esclarecido não é obtível nem relevante, juízes e acadêmicos puderam desenvolver defesas mais substantivas e palpáveis contra termos excessivamente onerosos. Similarmente, o abandono do consentimento pelo direito contratual empoderaria reguladores para policiar termos questionáveis, já que tais reguladores não mais estariam limitados pelo princípio de que a regulação legal deve abrir caminho para o acordo privado de vontades.²³

Segundo Llewellyn, para verificar se o conteúdo de determinada cláusula se ajusta ao parâmetro de razoabilidade, deve-se analisar se essa cláusula está em contradição com outras cláusulas do mesmo contrato. A depender do tipo de contradição encontrada (as espécies serão detalhadas mais à frente), será imperioso reconhecer a ausência de razoabilidade de uma das cláusulas em questão.

A essas contradições, entre cláusulas (expressas ou implícitas) do próprio contrato ou negócio, Llewellyn dá o nome de “contradições

23 ZACKS, Eric A. *The Restatement (Second) of Contracts § 211: Unfulfilled Expectations and the Future of Modern Standardized Consumer Contracts*, 7 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 733 (2016), p. 736; 741, tradução do autor. Texto original: “Section 211 of the Restatement (Second) of Contracts embodies the apparent inability of contract law doctrine to adjust to the realities of modern standardized contracts. Section 211 was an elegantly designed, thoughtful solution by impressive contract theorists to address the problem of assent to standardized contracts. With a compromise made between the presumption of formation and the ability of non-drafting parties to challenge unexpected terms, section 211 seemingly provided a route by which adjudicators could preserve the utility of standardized consumer contracts but also constrain overreaching by drafting parties. (...) If formation is no longer a significant burden for standardized agreements and meaningful assent is neither achievable nor relevant, adjudicators and scholars could develop more substantive and achievable defenses to onerous terms. Similarly, contract laws abandonment of assent would empower regulators to intervene to police objectionable terms because such regulators would no longer be constrained by the principle that legal regulation should defer to private agreement.”

intratransacionais”²⁴, sendo essas as únicas relevantes para o exame de razoabilidade. Eventuais “contradições extratransacionais”²⁵, isto é, entre cláusulas do contrato e elementos externos (moralidade, fatores econômicos, condições pessoais do agente, entre outros), não são determinantes para julgamento da justiça contratual.

Como destaca Benson²⁶, são três os tipos de contradições (ou injustiças) intratransacionais que podem dar ensejo à reforma ou invalidação de cláusulas nos contratos de forma-padrão:

- a. Quando termos não-salientes do contrato entram em conflito com o sentido razoável de termos salientes;
- b. Quando termos não-salientes do contrato entram em conflito com os termos e condições implicados pelos termos salientes; e
- c. Quando termos não-salientes do contrato entram em conflito com o “núcleo duro” do tipo de negócio em questão.

Antes de examinar cada uma das hipóteses, é importante distinguir o que os autores designam como “termos salientes” ou “termos não salientes” de um contrato de adesão.

Os termos salientes, também chamados “primários”, “nucleares” ou “centrais”, são aqueles que constituem a base da formação contratual, representando a *promise-for-consideration* que cada uma das partes oferecerá à outra. Se referem, assim, a elementos centrais do tipo negocial, sendo exemplos comuns: o preço; a forma de pagamento; a forma e prazo de entrega; a descrição da coisa ou prestação; dentre

24 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 228.

25 Benson não utiliza o termo “contradições extratransacionais” em nenhum momento de sua obra. No entanto, é razoável supor que, em oposição às contradições internas ao negócio, existam também contradições entre o negócio e elementos externos. Essas contradições não possuiriam relevância para a análise da justiça das cláusulas apostas em contratos de adesão.

26 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 228.

outros. Nas palavras de Karl Llewellyn, os termos salientes são “os dominantes e a única real expressão da avença”²⁷.

Por outro lado, os termos não-salientes (“secundários”) também integram o contrato de adesão, mas referem-se a aspectos auxiliares, os quais, normalmente, seriam regulados pela lei civil, tais como: compensações pelo inadimplemento; eleição de foro; garantias presumidas; limitações de cobertura, dentre outros. Esses termos são intratransacionalmente subordinados aos termos salientes:

A lei distingue entre termos primários e salientes e aqueles que são secundários e não-salientes; e vê os últimos como normativamente subordinados e regulados pelo significado razoável dos primeiros, quando interpretados *prima facie* em si próprios e desvinculados dos secundários. Essa visão supõe que existe um ponto de vista transacional interno, que regula a significância contratual de diferentes cláusulas a partir da forma por meio da qual elas moldaram o entendimento razoável do aderente sobre o que foi contratado.²⁸

Se o conteúdo de um termo não-saliente, no caso concreto, conflita com a interpretação razoável dos termos salientes, o afastamento ou modificação do primeiro, posto que subordinado, é medida natural e adequada. Caso paradigmático da *common law*, citado por Benson²⁹, é aquele referente ao recurso *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning*. No caso, o tribunal afastou a aplicabilidade de uma cláusula não-saliente

27 LLEWELLYN, Karl. *Op. cit.*, p. 370.

28 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 226-227, tradução do autor. Texto original: “The law distinguishes between upfront salient primary terms and those that are secondary and nonsalient; and it views the latter as normatively subordinate to and as regulated by the reasonable meaning of the former, when construed *prima facie* on their own and apart from the secondary. This view supposes that there is an internal transactional standpoint that regulates the contractual significance of different terms in light of how they have shaped the form-taker’s reasonable understanding of what he or she has contracted for.”

29 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 224-226.

(de *liability*) que restringia excessivamente a cobertura de um seguro (cláusula saliente) automotivo de veículo alugado.

A segunda hipótese traz à baila a figura das *implied clauses* (cláusulas implicadas), tratadas com especificidade por Benson em capítulo distinto de sua obra. Trata-se de cláusulas que, embora não tenham sido expressamente pactuadas pelas partes, integram o contrato e obrigam os contratantes tal como se estivessem escritas. Havendo omissão das partes, a implicação pode dar-se por força de lei, de práticas anteriores das partes, dos usos e costumes, da interpretação das próprias cláusulas expressas do contrato, dentre outros. O próprio autor retoma, no capítulo dedicado aos contratos de forma-padrão, a ideia de *implication*:

Como vimos na discussão sobre a implicação, as teorias contratuais contemporâneas comumente vêem os contratos como nada mais que a soma de seus termos expressos, e justificam a implicação com base na ideia de que os contratos são fundamentalmente incompletos e apenas podem ser suplementados com fundamento em políticas que são externas ao significado razoável do verdadeiro contrato entre as partes.³⁰

Como os termos implicados são compreendidos como parte natural do contrato, aqueles termos implicados derivados dos termos salientes gozam da mesma preferência destes. Sendo assim, a contradição intratransacional entre termos implicados derivados de termos salientes e cláusulas não-salientes que prejudiquem excessivamente o aderente deve ser resolvida em favor daqueles,

30 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 227, tradução do autor. Texto original: “As we saw in the discussion of implication, contemporary contract theories standardly view contracts as no more than the sum of their express terms, and they justify the implication of terms on the basis that contracts so viewed are fundamentally incomplete and can only be supplemented on grounds of policy that are external to the reasonable meaning of the actual contract between the parties.”

respeitada a razoabilidade. Um dos casos mencionados por Benson³¹ é o paradigmático *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, em que o tribunal afastou a incidência de uma cláusula que limitava de maneira estapafúrdia a garantia do fornecedor pelos defeitos do veículo. Segundo o professor canadense, a decisão prolatada pela corte deixa evidente o reconhecimento do caráter desarrazoado da cláusula, sem qualquer benefício para o aderente e com abrangência muito menor que aquela que seria garantia pela lei (cláusula implicada da cláusula saliente de venda e compra).

Por fim, também caracteriza contradição intratransacional a incompatibilidade entre termos não-salientes e o “núcleo duro” do tipo contratual. O que seria, à luz da teoria de Benson, esse “núcleo duro”?

Como já destacado alhures, a teoria contratual sugerida por Peter Benson compreende o contrato como mecanismo de transferência definitiva da titularidade de determinada coisa ou prestação. Naturalmente, o objeto dessa transferência fica ao arbítrio das partes contratantes, variando conforme cada negócio avençado. No entanto, é possível falar em um “padrão de transferência” que se repete em diversos contratos similares. Esse “padrão de transferência” é que acaba por caracterizar cada tipo contratual; e, sendo comum e geral, produz nas pessoas uma determinada expectativa com relação a cada uma das “espécies” existentes na “taxonomia contratual”. Nas palavras de Benson,

Logo, emerge e continua a se desenvolver ao longo do tempo uma série de diferentes tipos transacionais, todos variantes da relação básica de *promise-for-consideration*, e cada qual com suas características organizacionais e incidentes particulares. Assim, pode-se presumir que as partes entendem, pretendem e nutrem expectativas padronizadas em relação ao tipo de transação em que entraram, e a lei leva isso em

31 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 229-231.

consideração ao avaliar a razoabilidade dos termos contratuais.³²

Um contrato de arrendamento, por exemplo, possui aspectos típicos que o diferenciam de outros tipos de contratos, como o de locação; em outras palavras, possuem “mínimos de transferência” distintos. O contrato de seguro, por sua vez, tem como núcleo duro a garantia de determinado risco em troca do pagamento de alguma quantia (prêmio). Um contrato de seguro, por adesão, que contenha uma cláusula secundária que esteja em contradição com essa ideia básica, desnaturando o negócio, é considerado desarrazoado e injusto, protagonizando contradição intratransacional.

Naturalmente, é de se salientar que o *nomen iuris* atribuído ao contrato não é, por si só, apto a determinar o tipo contratual. Embora, certamente, o nome dado ao contrato seja importante para a delimitação de seu núcleo duro, certamente devem ser considerados outros elementos, sobretudo as circunstâncias de contratação, as negociações prévias entre as partes e os usos e costumes locais.

Conclusivamente, insta ressaltar que a possibilidade de se negar execução a cláusulas injustas ou desarrazoadas não está necessariamente conectada a fatores extracontratuais, tais como a diferença de poder de barganha, a inexperiência ou fragilidade de alguma das partes ou determinadas condições de mercado. Embora esses fatores possam estar presentes, não são necessários nem suficientes, em si mesmos, para fundamentar o reconhecimento da injustiça contratual juridicamente tutelável. Trata-se de questão resolvida no âmbito transacional, não necessitando envolver questões

32 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 235, tradução do autor. Texto original: “Hence there emerges and continues to develop over time a range of different transaction-types, all variants of the basic promise-for-consideration relation and each with its own organizing features and particular incidents. Thus parties may be presumed to understand, to intend, and to have patterned expectations related to the given type of transaction into which they have entered, and the law takes this into consideration when assessing the reasonableness of the actual contract terms.”

sociais, econômicas ou de política pública. Nesse sentido, Benson pontua o seguinte:

É importante sublinhar que, nesse contrato de consumo de massa e assim como na análise em *Tilden*, essa comparação intratransacional não requer, *per se*, que o Tribunal verifique condições do mercado, poder de barganha desigual ou a ignorância de um consumidor em particular.³³

Considerando as interpretações até aqui expostas, passa-se às considerações finais do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos de adesão certamente representam um desafio para as teorias clássicas do direito contratual, tendo provocado a emergência de diversas posições doutrinárias e filosóficas – inclusive no sentido de afastar a natureza contratual dos negócios por adesão. As investigações de Benson, embora enfocadas nos parâmetros de justiça contratual adotados pela *common law* para os contratos de adesão, representam importante passo na demonstração da integridade de sua própria teoria contratual.

Isso porque, por meio da interpretação das regras adotadas pelo direito vigente, Benson consegue demonstrar que os contratos de adesão, embora notoriamente desafiadores, não apresentam risco para sua teoria. Além disso, o autor consegue posicionar a razoabilidade no centro da análise da justiça contratual, o que é essencial para sua própria visão acerca do direito contratual, a qual se pretende base pública de justificação.

33 BENSON, Peter. *Op. cit.*, p. 231, tradução do autor. Texto original: “It is important to underline that, in this mass consumer contract and as with the analysis in *Tilden*, this intratransactional comparison does not per se require the court to ascertain market conditions, unequal bargaining power, or a particular consumer’s ignorance.”

Por fim, cabe observar que a análise pormenorizada conduzida por Benson chega a ultrapassar o campo da teoria do direito contratual, lançando luz sobre a própria hermenêutica dos contratos de adesão e de suas possíveis contradições intratransacionais. Nesse sentido, é fato que as complexas relações que nascem das interações entre a *promise-for-consideration*, as expectativas razoáveis do aderente e o conteúdo dos contratos de forma-padrão devem ser consideradas pelo julgador no momento da resolução dos conflitos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. Seções iv. vii, 1127a-1127b. Editora Nova Cultural, 1991. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BENSON, Peter. Contract. In: PATTERSON, Dennis (Coord.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. Malden; Wiley-Blackwell, 2010. p. 29-64.

BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

BIX, Brian (2020). Justice in Transactions: A Theory of Contract Law. By Peter Benson. *The Cambridge Law Journal*, 79(2), 363-365.

FULLER, Lon Luvois; PERDUE, Jr., W. W. The reliance interest in contract damages. *Yale Law Journal*, 46:52-96, 1936, p. 373-420.

GALVANI, Leonardo. Análise Econômica do Contrato e Eficiência Contratual. *Economic Analysis of Law Review*; Brasília, Vol. 9, Ed. 2, (May-Aug 2018), p. 194-211.

HABIB, Allen. Promises. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível aqui. Acesso em: 30 ago. 2021.

LLEWELLYN, Karl N. *The Common Law Tradition: deciding appeals*. Quid Pro, LLC: 2015.

ZACKS, Eric A. The Restatement (Second) of Contracts § 211: Unfulfilled Expectations and the Future of Modern Standardized Consumer Contracts. *7 Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 733 (2016).

PETER BENSON E OS REMÉDIOS PARA O DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL: O PROBLEMA DA TUTELA ESPECÍFICA DOS SERVIÇOS PESSOAIS

Daniel de Pádua Andrade

INTRODUÇÃO

No livro *Justice in Transactions*, Benson apresenta uma proposta detalhada e inovadora de embasamento filosófico do Direito Contratual. O autor argumenta, em síntese, que a ideia de relação contratual como transferência de titularidade tem o potencial de oferecer, por si só, o que ele chama de base pública de justificação para o regramento jurídico dos contratos. A obra é dividida em duas partes, uma primeira que defende a coerência da tese com os institutos do *Common Law* e uma segunda que defende a plausibilidade da tese diante de outras considerações filosóficas. Ao longo da primeira parte do trabalho, Benson dedica um capítulo inteiro ao exame dos dois principais remédios para o descumprimento contratual presentes na tradição anglo-saxã, que são a indenização e a tutela específica. Neste tópico do desenvolvimento, o autor assume a tarefa de demonstrar que o sistema de respostas judiciais para o inadimplemento das obrigações contratuais pode ser unificado e fundamentado em termos puramente transacionais.

O raciocínio de Benson parte da premissa de que o contrato surge com a aceitação da oferta de uma troca de bens e que, neste momento, cada contratante já adquire um direito à prestação que foi assumida pelo outro. A inexecução da obrigação contratual devida, nesse sentido, pode ser compreendida como um ato ilícito que viola o direito titularizado pela parte prejudicada e que justifica, por isso, a incidência de uma medida coercitiva estatal. Na visão de Benson, os remédios para o descumprimento do contrato são orientados pela busca da justiça compensatória, ou seja, eles tentam colocar

o credor na posição que estaria se o devedor tivesse adimplido satisfatoriamente. Ainda de acordo com Benson, a compensação da parte preterida deve ser realizada com base na apuração objetiva do conteúdo que seria razoavelmente esperado da parte inadimplente à luz das circunstâncias da contratação. Segundo o referido autor, este pano de fundo transacional se mostra suficiente para subsidiar a escolha judicial entre a indenização e a tutela específica.

Benson afirma que o remédio da indenização deveria ser aplicado no caso de inexecução de obrigações fungíveis, já que a entrega de dinheiro permitiria a compensação através da aquisição de um bem substitutivo. O remédio da tutela específica, diferentemente, deveria ser aplicado no caso de inexecução das obrigações infungíveis, pois o cumprimento coativo da prestação seria o único modo de compensar a violação do direito do credor. Ocorre que, no *Common Law*, existe uma hipótese excepcional que afasta o cabimento da tutela específica ainda que a obrigação inadimplida apresente um caráter insubstituível. Trata-se da exceção dos serviços pessoais, que impede a execução *in natura* das prestações de fazer com natureza personalíssima, mesmo naquelas situações em que for verificado que a indenização não seria capaz de compensar adequadamente o credor. Este é o cerne do problema, porque Benson não aprofunda o estudo da questão e alguns outros autores apontam fundamentos não transacionais para justificar a exceção dos serviços pessoais.

Este trabalho busca oferecer algumas reflexões sobre o desafio de assimilação da exceção dos serviços pessoais dentro dos quadros da teoria transacional do contrato. Nesse sentido, o primeiro tópico detalha a fundamentação do regramento dos remédios para o inadimplemento que é apresentada no livro *Justice in Transactions* como uma decorrência da concepção de contrato como transferência de titularidade. No segundo tópico, são expostas as linhas gerais da orientação jurisprudencial predominante no *Common Law* no sentido de recusar a aplicação da tutela específica como resposta para a inexecução das obrigações de fazer personalíssimas. O terceiro tópico, por sua vez, explora as dificuldades de justificação da exceção

dos serviços pessoais em termos puramente transacionais e, logo em seguida, tenta identificar as propostas de solução deixadas por Benson. Já o quarto tópico demonstra que a noção de núcleo inalienável de autodeterminação não resolve o tema-problema e levanta, por fim, alguns apontamentos para futuras investigações.

1. A FUNDAMENTAÇÃO TRANSACIONAL DOS REMÉDIOS PARA O INADIMPLENTO

O oitavo capítulo do livro *Justice in Transactions* é dedicado à análise dos remédios para o descumprimento do contrato a partir da perspectiva transacional proposta por Benson¹. Nesta seção da obra, o argumento principal é que a noção de contrato como transferência de titularidade oferece sentido e unidade para o complexo sistema de respostas judiciais derivadas do inadimplemento das obrigações contratuais. Benson examina, nesse sentido, quatro aspectos relevantes do Direito Contratual do *Common Law*, quais sejam: a) a relação entre tutela específica e tutela genérica; b) a reparabilidade dos danos consequenciais; c) a indenização pela confiança; e d) a mitigação dos próprios prejuízos. Ao tratar destes tópicos, ele sustenta que os diferentes remédios para a inexecução da prestação compartilham o propósito de compensar o credor pela violação do seu direito que era titularizado desde a formação do contrato.

Para o presente trabalho, importa sobretudo a proposta de interpretação da relação entre a tutela específica e a tutela genérica apresentada na primeira subseção do oitavo capítulo.² De início, Benson esclarece que todos os sistemas contemporâneos de Direito Contratual reconhecem uma distinção básica entre os remédios da tutela específica e da tutela genérica. A tutela específica tem o objetivo de mobilizar o aparato estatal para permitir que a parte prejudicada

1 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 263-265

2 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 265-274.

tenha um acesso *in natura* ao bem jurídico prometido. A tutela genérica, diferentemente, tenta satisfazer o contratante lesado através da entrega de uma quantidade de dinheiro correspondente à extensão da violação obrigacional sofrida. No âmbito do *Common Law*, a escolha entre a tutela específica e a tutela genérica é feita com base no teste da adequação, que apura qual dos dois remédios seria mais apto para compensar o credor.

Dando seguimento, Benson explica que a aplicação do teste da adequação resulta na constatação de que as obrigações infungíveis atraem a tutela específica, ao passo que as obrigações fungíveis atraem a tutela genérica. Como as obrigações infungíveis possuem uma natureza peculiar, não é possível encontrar sucedâneos no mercado e por isso a única forma de compensar adequadamente o credor é através da concessão da tutela específica. As obrigações fungíveis, por sua vez, podem ser substituídas por produtos ou serviços equivalentes, o que autoriza a afirmação de que, neste caso, a via mais adequada para a compensação do credor é a concessão da tutela genérica. De acordo com a visão de Benson, o raciocínio subjacente ao teste da adequação pode ser resumido nos seguintes questionamentos: “qual é a prestação prometida e qual remédio assegura que o requerente receba isso e não alguma outra coisa?”³

Nesse contexto, Benson afirma que a presença do teste da adequação no *Common Law* corrobora a sua proposta de fundamentação do Direito Contratual em termos puramente transacionais. Embora sejam distintas entre si, a tutela específica e a tutela genérica representam dois caminhos para alcançar o mesmo ponto de chegada, que é a concretização da justiça compensatória por meio da satisfação do interesse do credor na prestação. Compreendidos dessa maneira, ambos os remédios ratificam a percepção de que o inadimplemento é um ato ilícito que viola o direito preexistente do contratante preterido e justifica a imposição de medidas reparatórias. O sistema de reações

3 “[...] *what is the promised performance and which remedy ensures that the plaintiff receives this and not something else?*”. BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 266.

para a inexecução obrigacional está necessariamente atrelado ao teor dos direitos transacionados na formação do contrato, porque é a natureza das prestações prometidas que definirá a escolha da resposta jurisdicional mais adequada.

A conclusão de Benson é que a opção entre a tutela específica e a tutela genérica depende apenas do que uma parte esperava razoavelmente da outra quando a oferta foi aceita. O procedimento judicial de definição dos desdobramentos do inadimplemento, portanto, deve ser realizado exclusivamente à luz da interpretação objetiva dos conteúdos que foram trocados no momento do nascimento do contrato. Consequentemente, é preciso admitir que o regramento das respostas para a inexecução das prestações não leva em conta nenhuma política ou valor que extrapole os limites da relação particular em si mesma considerada. Divergindo de grande parte dos autores anglófonos, Benson assevera que os fatores externos à transação *inter partes*, como a promoção da eficiência econômica ou a preservação da moralidade promissória, não são relevantes para a fundamentação dos remédios para o descumprimento contratual.

2. A REJEIÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA DOS SERVIÇOS PESSOAIS NO COMMON LAW

O sistema de remédios para o inadimplemento em vigor no *Common Law*, contudo, contempla um instituto que parece fugir um pouco da fundamentação transacional proposta por Benson. Trata-se da chamada exceção dos serviços pessoais, que impede a concessão judicial da tutela específica das obrigações contratuais descumpridas que apresentam uma natureza personalíssima ou *intuitu personae*.⁴

4 LAYCOCK, Douglas. The death of the irreparable injury rule. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 3, p. 687-771, Jan. 1990, p. 746; BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's law of contract*. 29 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 578; STONE, Richard. *The modern law of contract*. 9. ed. London: Routledge, 2011, p. 492-493; MACKEDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases, and materials*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 929-931; TREITEL, G. H. *The law of contract*. 14. ed. Atual. Edwin Peel. Sweet & Maxwell, 2015, 1913-1915; SMITS, Jan M. *Contract*

Nos contratos de prestação de serviço por uma pessoa com qualidades singulares, embora a obrigação assumida possua um caráter nitidamente infungível ou insubstituível, os tribunais anglo-saxões se recusam a ordenar a tutela específica. À primeira vista, a exceção dos serviços pessoais representa um desvio da regra estabelecida pelo teste da adequação, porque neste caso a tutela específica é afastada apesar de consistir aparentemente na forma mais adequada de compensar o credor pela inexecução da prestação devida.

Para compreender a dinâmica de funcionamento da exceção dos serviços pessoais na prática jurídica do *Common Law*, vale a pena conferir o conteúdo da obra acadêmica *Restatement (Second) of Contracts*. Elaborado pelo *American Law Institute* e publicado no ano de 1981, o referido livro oferece uma compilação organizada das principais normas de Direito Contratual que foram consagradas ao longo do tempo pela jurisprudência estadunidense. O § 359 (1) do *Restatement (Second) of Contracts* endossa a premissa do teste da adequação e preconiza que “tutela específica [...] não será ordenada se a tutela genérica for adequada para proteger o interesse positivo da parte prejudicada.”⁵ Depois de alguns outros dispositivos, no entanto, o § 367 (1) confirma a relevância da exceção dos serviços pessoais ao estabelecer que “uma promessa para realizar serviços pessoais não será tutelada de maneira específica.”⁶

Mas qual seria o fundamento filosófico que justifica a rejeição do remédio da tutela específica no caso de inadimplemento das obrigações contratuais de fazer personalíssimas? O argumento mais utilizado pelos escritores do *Common Law* para embasar a exceção dos serviços pessoais é a proteção da liberdade pessoal do devedor, que seria violada se ele fosse constrangido a realizar a ação prometida. A imposição de medidas coercitivas direcionadas à execução *in natura*

law: a comparative introduction. 2. ed. E-book. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p. 227; DAGAN, Hanoch; HELLER, Michael E. Specific performance. *Columbia Law & Economics Working Paper*, n. 631, p. 1-57, 2020, p. 37-38.

5 “Specific performance [...] will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party.”

6 “A promise to render personal service will not be specifically enforced.”

dos serviços pessoais desrespeitaria uma série de facetas da autonomia individual, como a liberdade de locomoção, a liberdade de expressão, a livre iniciativa etc. Sendo assim, no embate entre a necessidade de preservar a liberdade pessoal da parte inadimplente, por um lado, e a necessidade de compensar adequadamente o interesse da parte prejudicada, por outro lado, a preferência deveria recair sobre o primeiro imperativo.

Para além do argumento primário baseado na ideia de autonomia individual, os defensores da exceção dos serviços pessoais também apresentam outras duas justificativas secundárias. Uma delas é a questão da dificuldade de supervisão estatal das ordens judiciais de tutela específica das obrigações de fazer com caráter personalíssimo.⁷ O acompanhamento de um pintor recalcitrante que fosse compelido a pintar um quadro dotado de características artísticas singulares, por exemplo, acarretaria diversas polêmicas periciais e demandaria altos custos financeiros. Outra questão relevante diz respeito à própria qualidade dos serviços pessoais que são obtidos de maneira forçada através da imposição de medidas coercitivas.⁸ A título ilustrativo, tudo indica que um cantor intransigente que fosse coagido a realizar determinado *show* apresentaria um desempenho muito abaixo do nível técnico desejado.

É importante ressaltar que, nos ordenamentos de *Common Law*, existem algumas situações particulares que afastam a incidência da exceção dos serviços pessoais. De modo geral, essas hipóteses especiais têm sido implementadas por meio de dispositivos legislativos voltados para a regulação de relações privadas desequilibradas. Exemplificativamente, tanto o direito estadunidense quanto o direito inglês contemplam mecanismos legais que autorizam a reintegração

7 LAYCOCK, Douglas. The death of the irreparable injury rule. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 3, p. 687-771, Jan. 1990, p. 746; SMITS, Jan M. *Contract law: a comparative introduction*. 2. ed. E-book. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p. 227.

8 SMITS, Jan M. *Contract law: a comparative introduction*. 2. ed. E-book. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p. 227.

forçada de empregados demitidos pelos empregadores.⁹ Estas “exceções da exceção”, contudo, não são abrangentes o suficiente para alterar a percepção prevalecente de que o inadimplemento de uma obrigação de fazer personalíssima atrai somente o remédio da tutela genérica. Diante desse cenário, cumpre avaliar a compatibilidade da exceção dos serviços pessoais com a teoria do contrato como transferência de titularidade criada por Benson.

3. O DILEMA APRESENTADO PELOS SERVIÇOS PESSOAIS E A RESPOSTA DE BENSON

A existência do instituto da exceção dos serviços pessoais apresenta um desafio para a tentativa de fundamentação transacional dos remédios para o descumprimento do contrato. Benson argumenta que a sua interpretação do Direito Contratual não apenas é coerente com a prática judicial do *Common Law* como também é independente em relação a políticas e valores externos à transação negocial. O problema é que a maioria dos outros comentadores entende que a justificativa da exceção dos serviços pessoais extrapola a mera troca *inter partes*, relacionando-se com preocupações externas como a liberdade pessoal do sujeito inadimplente. Esta orientação majoritária contradiz a proposta de Benson, que atrela a escolha entre a tutela específica e a tutela genérica exclusivamente a uma análise da medida que seria mais adequada para compensar a violação do direito do credor ocasionada pela conduta do devedor.¹⁰

A primeira impressão é que a exceção dos serviços pessoais só poderia ser acomodada na teorização de Benson se ele relativizasse

9 BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's law of contract*. 29 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 578; TREITEL, G. H. *The law of contract*. 14. ed. Atual. Edwin Peel. Sweet & Maxwell, 2015, p. 1914; STONE, Richard. *The modern law of contract*. 9. ed. London: Routledge, 2011, p. 492-493; MACKEDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases, and materials*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 929-931.

10 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 266.

alguma das suas premissas metodológicas. Se a teoria do contrato como transferência de titularidade renunciasse à pretensão de correspondência com a práxis, Benson poderia afirmar que o descabimento da tutela específica das obrigações de fazer personalíssimas é um traço infundado e criticável do *Common Law*. Além disso, se a fundamentação transacional do Direito dos Contratos admitisse a influência de elementos externos na escolha dos remédios para o inadimplemento, Benson poderia concordar com o afastamento excepcional da tutela específica em prol da preservação do valor da liberdade. Ocorre que qualquer uma dessas concessões acabaria enfraquecendo a coerência da base pública de justificação que Benson associa ao regramento jurídico contratual.

O problema da compatibilidade teórica da exceção dos serviços pessoais é agravado pelo fato de que o livro *Justice in Transactions* menciona muito brevemente o referido assunto. No oitavo capítulo, que examina os fundamentos transacionais dos remédios para o inadimplemento, há apenas uma única referência à exceção dos serviços pessoais. Trata-se de uma nota de rodapé que enuncia que “a tutela específica pode ser contrária às políticas públicas quando, por exemplo, o contrato estipula uma obrigação de prestar um serviço pessoal.”¹¹ A frase que vem logo depois da chamada para a nota, todavia, deixa dúvidas quanto à família jurídica contemplada pela afirmação, porque acrescenta que, “de fato, essa abordagem parece ser a posição oficial no *Civil Law*.” A conjugação dessas sentenças indica que, na percepção de Benson, apenas os ordenamentos jurídicos filiados à tradição romano-germânicos admitem a exceção dos serviços pessoais com base em considerações referentes a políticas públicas.

O tema do enquadramento da exceção dos serviços pessoais é retomado sucintamente na terceira seção do décimo segundo capítulo do livro *Justice in Transactions*.¹² Nesta parte da obra, Benson se apoia

11 “*Specific performance may be against public policy where, for instance, the contract stipulates a positive covenant of personal service.*” BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 271, nota 24.

12 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 448-476.

na filosofia política de John Rawls e tenta demonstrar que a concepção transacional do Direito dos Contratos é compatível com princípios de justiça distributiva liberais. Segundo Benson, a compatibilização é possível porque existe uma divisão de trabalho entre os princípios transacionais (que regulam as trocas privadas) e os princípios distributivos (que preservam a justiça de fundo). Com efeito, deve-se admitir que os princípios distributivos incidem apenas indiretamente sobre as transações, estabelecendo aspectos subjacentes como quais são os bens jurídicos excluídos do comércio. Como evidencia a passagem a seguir, Benson sugere que as prestações de fazer personalíssimas não podem fazer parte do objeto contratual porque elas integram um núcleo inalienável de autodeterminação individual:

“[...] há um núcleo inalienável de autodeterminação individual que não pode ser ele mesmo o conteúdo da relação transacional. [...] Em última análise, este núcleo inalienável compreende tudo o que pode contar como (ou ser pressuposto por) uma liberdade básica no sentido de Rawls, por exemplo, liberdade de religião e consciência, as liberdades políticas e seu justo valor, liberdade de associação e até mesmo uma reivindicação substantiva (que não deve ser confundida com o princípio da diferença) de ter suas necessidades básicas satisfeitas. Com relação ao que quer que seja assim incluído, o direito contratual sustenta que sua negação não pode ser um interesse contratual legítimo e exequível. [...] E nós vimos uma preocupação semelhante operando quando os tribunais não apenas se recusam a ordenar a tutela específica de uma obrigação de prestar um serviço pessoal, mas também, e talvez especialmente, se recusam a fazer cumprir uma proibição negativa contra uma parte que trabalha para outros [...]”¹³

13 “[...] there is an inalienable core of individual self-determination that cannot itself be the content of the promise-for-consideration relation. [...] Ultimately, this inalienable core comprises whatever can count as (or be presupposed by) a basic liberty in Rawls’s sense, for example, freedom of religion and conscience, the political

4. A INSUFICIÊNCIA DA NOÇÃO DE NÚCLEO INALIENÁVEL DE AUTODETERMINAÇÃO

Em tese, o recurso ao conceito de núcleo inalienável de autodeterminação individual seria capaz de promover a harmonização da exceção dos serviços pessoais com a teoria de Benson. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que o Direito Contratual mantém uma estrutura transacional porque se preocupa exclusivamente com a articulação entre a oferta e a aceitação sob um contexto de expectativas razoáveis. O regramento dos remédios para o inadimplemento, portanto, trataria somente da lógica da troca de direitos realizada entre os contratantes, deixando de fora a questão dos objetos passíveis de negociação, que ficaria a cargo dos princípios distributivos. Sendo assim, o descabimento da tutela específica das obrigações *intuitu personae* estaria justificado por razões de política pública, mas isso não prejudicaria a autonomia do Direito Contratual, que continuaria fundamentado em termos puramente transacionais.

Uma análise mais detida, no entanto, revela que a linha supramencionada acarretaria alguns resultados que embaraçam a teoria do contrato como transferência de titularidade. Primeiramente, a afirmação de que as prestações de fazer personalíssimas estão fora do comércio porque violam princípios distributivos acaba contrariando o estado da arte do Direito Contratual do *Common Law*. Todos os dias são celebrados inúmeros contratos lastreados em características pessoais únicas, especialmente no ramo dos profissionais liberais, como os artistas, advogados, contadores, psicólogos, cozinheiros etc. Os tribunais anglo-saxões não rejeitam a tutela específica dos serviços

liberties and their fair value, freedom of association, and even a substantive claim (not to be confused with the difference principle) to have one's basic needs met. With respect to whatever is thus included, contract law holds that its denial cannot be an enforceable and legitimate contractual interest. [...] And we saw a similar concern at work when courts not only decline to order specific performance of a positive covenant of personal service but also, and perhaps especially, refuse to enforce a negative prohibition against a party working for others [...]" BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 464-465.

pessoais porque vislumbram ilicitude no objeto do contrato, pelo contrário, eles reconhecem a validade do negócio, mas ressalvam que o remédio aplicável deve ser a tutela genérica em homenagem à liberdade individual do devedor.

Ocorre que a concepção transacional dos contratos, nos termos propostos no livro *Justice in Transactions*, demanda uma correlação exata entre a expectativa do credor e o remédio aplicável. Benson não poderia admitir que políticas públicas são capazes de definir a resposta adequada para o inadimplemento, pois este raciocínio traria uma ruptura entre o conteúdo do direito do contratante prejudicado e a respectiva forma de tutela jurisdicional. Ao admitir que a preocupação com a liberdade individual do devedor pode afastar o remédio que promoveria a justiça compensatória da melhor maneira, Benson estaria reconhecendo que os princípios de justiça distributiva incidem diretamente sobre as transações individuais. O caminho argumentativo viabilizado pela noção de núcleo inalienável de autodeterminação, portanto, revela-se insuficiente para assimilar satisfatoriamente a exceção dos serviços pessoais.

É difícil precisar qual seria, de fato, a solução definitiva que Benson apresentaria para o dilema relativo à tutela específica das obrigações de fazer com natureza personalíssima. Muito provavelmente este problema não foi aprofundado no decorrer do livro *Justice in Transactions* em virtude da abrangência da referida obra, que contempla diversas reflexões contratuais de cunho dogmático e filosófico em seu conteúdo. Até que Benson retome a temática aqui trabalhada em alguma publicação futura, o que se pode dizer é que ainda não há uma resposta clara para o desafio da compatibilização entre a leitura transacional do contrato e a exceção dos serviços pessoais. Sem prejuízo de outras possibilidades que poderão surgir, e apenas a título de provocação inicial para o debate, uma saída interessante seria resgatar e reformular a questão da qualidade dos serviços pessoais que são prestados de maneira judicialmente forçada.

Relembre-se que, para além da controvérsia primária sobre a liberdade individual do devedor, um dos argumentos secundários que

costumam embasar a exceção dos serviços pessoais é a preocupação com a qualidade da prestação. O Poder Judiciário até pode compelir o contratante recalcitrante a desempenhar a conduta infungível assumida, mas é razoável supor que o serviço realizado coativamente trará um resultado pior do que o originalmente esperado. A constatação de que a tutela específica não compensaria adequadamente o interesse do contratante prejudicado, por sua vez, poderia ser utilizada para justificar a aplicação da tutela genérica dentro de uma concepção transacional. Esta linha de argumentação parece mais coerente com a teoria de Benson na medida em que oferece uma explicação interna para fundamentar o remédio que tutela as obrigações de fazer com natureza personalíssima.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi motivado pela identificação de uma tensão entre a teoria do Direito Contratual proposta por Benson e a exceção dos serviços pessoais reconhecida no *Common Law*. De acordo com a concepção do contrato como transferência de titularidade, a escolha dos remédios para o inadimplemento deve ser feita com base na apuração da providência jurisdicional mais adequada para compensar o credor. Benson parte deste teste da adequação para constatar que a inexecução das obrigações infungíveis atrai a tutela específica, enquanto a inexecução das obrigações fungíveis atrai a tutela genérica. A prática judicial do sistema anglo-saxão, no entanto, evidencia que os tribunais rejeitam a tutela específica das obrigações infungíveis quando a prestação frustrada envolve um fazer personalíssimo. O enquadramento da exceção dos serviços pessoais na formulação teórica de Benson não é uma tarefa fácil, porque a maioria dos comentaristas justifica o instituto a partir de fatores externos à transação em si, tais como a preocupação com a liberdade individual do devedor.

A controvérsia da tutela específica das obrigações de fazer *intuitu personae* não é aprofundada no livro *Justice in Transactions*, que

tangencia diversos pontos do regramento contratual. Há um trecho na terceira seção do décimo segundo capítulo, entretanto, que sugestiona um caminho de solução para o tema-problema. Com apoio na teoria da justiça rawlsiana, Benson afirma que os princípios distributivos incidem apenas indiretamente sobre as transações individuais, definindo aspectos como os bens excluídos do comércio. Um dos objetos não negociáveis seria justamente a promessa de prestação personalíssima, que comporia o chamado núcleo inalienável de autodeterminação e por isso não seria passível de execução judicial. Ocorre que esta linha contradiz a teoria do contrato como transferência de titularidade, porque se distancia do cotidiano jurisdicional do *Common Law* e promove uma ruptura entre o conteúdo do direito do credor e respectivo remédio protetivo. Seria mais coerente, portanto, refletir sobre soluções internas à própria relação entre os contratantes, como a argumentação baseada na preocupação com a qualidade do serviço prestado mediante coação estatal.

REFERÊNCIAS

BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. *Anson's law of contract*. 29 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

DAGAN, Hanoch; HELLER, Michael E. Specific performance. *Columbia Law & Economics Working Paper*, n. 631, p. 1-57, 2020.

LAYCOCK, Douglas. The death of the irreparable injury rule. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 3, p. 687-771, Jan. 1990.

MACKEDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases, and materials*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SMITS, Jan M. *Contract law: a comparative introduction*. 2. ed. E-book. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017.

STONE, Richard. *The modern law of contract*. 9. ed. London: Routledge, 2011.

TREITEL, G. H. *The law of contract*. 14. ed. Atual. Edwin Peel. Sweet & Maxwell, 2015.

PETER BENSON E A PERSPECTIVA COMPENSATÓRIA DA DEVOLUÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO ÂMBITO CONTRATUAL

Henry Colombi

INTRODUÇÃO

Sua perda ou meu ganho? Afinal, o que uma parte inadimplente em um contrato pode antecipar que seja tomado em consideração para a fixação da sanção pelo descumprimento contratual? Com esse questionamento, Allan Farnsworth, em seu artigo “*Your loss or my gain? the dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*” lançou luz sobre uma omissão no sistema tripartite dos interesses passíveis de compensação pela quebra de um compromisso contratual¹, herdada de Fuller e Perdue² e por ele próprio compilada no *Restatement second of contracts*³.

Dentro dessa concepção adotada pelo *Restatement*, o inadimplemento contratual daria azo a três possíveis interesses: (i) o interesse de execução; (ii) o interesse de confiança e (iii) o interesse de restituição. A definição desses três possíveis interesses é trazida com clareza pelo próprio texto do *Restatement*:

1 FARNSWORTH, E. Allan. Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract. *Yale law journal*, vol. 94, pp. 1339-1393, 1985. Eisenberg sugere que a abordagem tímida e da atribuição de um reduzido espaço ao interesse de devolução do lucro da intervenção no citado artigo de Farnsworth indicaria que a intenção do autor seria a de justificar a omissão do *Restatement*. EISENBENRG, Melvin A. The disgorgement interest in contract law. *Michigan law review*, vol. 105, n. 3, pp. 559-601, 2006. p. 561.

2 FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936.

3 AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Second) of Contracts. In: SCOTT, R. E; KRAUS, J. S. *Contract law and theory*. 5º ed. Danvers: LexisNexis, 2013. §344.

§ 344. Propósito dos remédios. Os remédios judiciais sob as regras estatuídas neste *Restatement* servem para proteger um ou mais dos seguintes interesses de um contratante: (a) seu “interesse de execução”, que é o seu interesse em obter o benefício de sua negociação ao ser colocado em uma posição tão boa quanto aquela em que ele estaria caso o contrato tivesse sido cumprido; (b) seu “interesse de confiança”, que é o seu interesse de ser reembolsado pelas perdas causadas pela confiança no contrato ao ser colocado em uma posição tão boa quanto aquela em que ele estaria caso o contrato jamais tivesse sido feito; (c) seu “interesse de restituição”, que é seu interesse em ter retornado a si qualquer benefício que ele tenha conferido à outra parte⁴.

Entretanto, sobretudo a partir do artigo de Farnsworth, o debate jurídico no âmbito do *common law* passou a considerar também a possibilidade de que o inadimplemento contratual poderia ser sancionado com a determinação de que a parte prejudicada fosse contemplada com os eventuais lucros obtidos pela parte inadimplente em razão do descumprimento. Esse novo interesse recebeu a alcunha de *disgorgement interest* – interesse à devolução dos lucros da intervenção –, o qual daria azo aos denominados *gain-based damages* – sanção pecuniária ao inadimplemento calculada com base nos ganhos da parte inadimplente.

A inclusão desse novo interesse no campo de cogitações do direito contratual atraiu a atenção de Ernest Weinrib. Teórico da justiça

4 Tradução livre. No original: “§ 344. *Purposes of Remedies. Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promisee: (a) his “expectation interest,” which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed, (b) his “reliance interest,” which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or (c) his “restitution interest,” which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party”.* AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (second) of contracts*. In: SCOTT, R. E.; KRAUS, J. S. *Contract law and theory*. 5^o ed. Danvers: LexisNexis, 2013. §344.

corretiva, o autor enxerga o direito privado como uma manifestação especial da razão prática que se destina a regular a interação entre indivíduos em suas relações bilaterais⁵. Dentro dessa ótica, caberia ao direito contratual garantir tão somente a compensação pelos danos sofridos em razão do inadimplemento, não devendo considerar fatores externos ao esquema compensatório⁶.

Weinrib, em seu artigo “*Punishment and disgorgement as contract damages*”, endereça com preocupação a evolução observada no contexto do *common law* no sentido da admissão do interesse à devolução do lucro da intervenção como remédio ao inadimplemento contratual. Para o autor, não haveria base de compensatória⁷ a embasar referido remédio⁸. As justificativas subjacentes ao seu reconhecimento, segundo Weinrib, seriam invariavelmente externas ao sistema bilateral e correlativo pertinente ao direito privado, fundando-se especificamente em considerações de desestímulo ao inadimplemento⁹.

O histórico da introdução do lucro da intervenção como uma variável relevante no âmbito contratual e a reação de um representativo teórico da justiça corretiva em contraponto a esse

5 WEINRIB, Ernest J. *Corrective justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 2. Essa posição encontra-se também explicitada no artigo “*Punishment and disgorgement as contract damages*”, pertinente de forma mais próxima à presente discussão. WEINRIB, Ernest J. Punishment and disgorgement as contract damages. *Chicago-Kent law review*, v. 78, p. 55-104, 2003. p. 103.

6 WEINRIB, Ernest J. Punishment and disgorgement as contract damages. *Chicago-Kent law review*, v. 78, p. 55-104, 2003. pp. 65-70.

7 Por “justificativa compensatória” ou “justiça compensatória” entenda-se a manifestação particular da justiça corretiva no âmbito do direito contratual. Trata-se de expressão largamente empregada por Benson neste sentido na obra “*Justice in Transactions*”, embora o autor não a defina expressamente nestes termos. Destaca-se, entretanto, que em textos pretéritos Benson assume a posição de um teórico da justiça corretiva no âmbito contratual. Cf. BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. *et al.* (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 312.

8 Os argumentos específicos de Weinrib para rechaçar a adequabilidade do interesse à devolução do lucro de intervenção serão abordados adiante, em confronto com a tese de Peter Benson.

9 WEINRIB, Ernest J. *Punishment and disgorgement as contract damages*. Chicago-Kent Law Review, Chicago, v. 78, p. 55-104, 2003. p. 77.

movimento, embora possa atrair algum interesse, não parece se conectar com o objeto desta obra coletiva, dedicada à discussão do livro “*Justice in transactions: a theory of contract law*”, de Peter Benson¹⁰. O fato de Benson ter publicado, no ano seguinte ao da divulgação do artigo de Weinrib, um trabalho intitulado “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*”¹¹, sustentando um argumento pela compatibilidade da devolução do lucro da intervenção como um possível remédio ao inadimplemento contratual quando o objeto do contrato for infungível, embora curioso, tampouco seria suficiente a justificar essa pertinência.

Contudo, o fato de esse argumento não ter sido reproduzido na obra “*Justice in Transactions*” parece justificar uma empreitada interpretativa, e é a isso que o presente trabalho se propõe. Afinal, como Benson, dentro de seu esquema do contrato como transferência de propriedade, consolidado no livro “*Justice in Transactions*”, encara a possibilidade de o inadimplemento ser sancionado com a determinação da devolução do lucro da intervenção?

A fim de oferecer uma resposta a essa pergunta, serão analisadas, comparativamente, as considerações de Benson acerca do instituto em sua obra pretérita e no livro “*Justice in Transactions*”. Após, será realizado um esforço interpretativo a fim de identificar se o argumento sustentado por Benson no texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*”, acerca da compatibilidade da devolução do lucro da intervenção como um remédio ao inadimplemento de contratos cujos objetos são infungíveis, seria compatível com a construção teórica proposta pelo autor no livro “*Justice in Transactions*”. Ao final, conclui-se que, dentro do arcabouço bensoniano consolidado em seu livro de 2019, a devolução do lucro da intervenção segue como um remédio aceitável dentro de um esquema compensatório também

10 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019.

11 BENSON, Peter. *Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline*. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004.

naquela hipótese de inadimplemento de contratos cujos objetos são infungíveis, conforme sustentado no artigo de 2004.

1. AS (AMPLAS) CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEVOLUÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NO ÂMBITO CONTRATUAL NA OBRA PRETÉRITA DE PETER BENSON E SUA (BREVE) ABORDAGEM NA OBRA *JUSTICE IN TRANSACTIONS*: UMA MUDANÇA DE POSIÇÃO ACERCA DAS PRESTAÇÕES CONTRATUAIS INFUNGÍVEIS?

Aparentemente escrito como uma reação ao texto “*Punishment and disgorgement as contract damages*”, de Weinrib, Benson publica em 2004 o texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*”¹². Trata-se de um texto curto, o qual veicula, porém, uma tese bastante firme acerca da possibilidade de utilização dos ganhos da parte inadimplente como medida da sanção pelo descumprimento contratual dentro de um esquema de justiça compensatória. O texto tem por objetivo responder a seguinte pergunta: “pode a devolução dos ganhos [do devedor, decorrentes do inadimplemento] ser uma medida da compensação pela violação contratual consistente com uma concepção do contrato como justiça corretiva?”¹³.

Para responder a essa questão, Benson compara a utilização da devolução do lucro da intervenção como um remédio para violações de titularidades no âmbito extracontratual – pacífica no âmbito do *common law* – com a sua aplicação no âmbito contratual. Naquele primeiro âmbito, Benson constrói o raciocínio pela ampla aceitação desse remédio como uma decorrência natural do conceito de ofensa

12 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 312.

13 Tradução live. No original: “*can disgorgement of gain ever be the measure of damages for breach of contract, consistent with a conception of contract as corrective justice?*”. BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 312.

à propriedade, dentro de um esquema de justiça corretiva. O autor sustenta que a propriedade sobre determinado bem não se constitui simplesmente como uma imunidade reconhecida pelo direito ao proprietário de não sofrer menoscabo patrimonial – *i. e.*, um poder de reclamar indenização pela perda patrimonial quando o ato de outrem que interfira sobre um bem por ele havida de modo a reduzir o seu valor patrimonial. A propriedade conferia, outrossim, um poder mais amplo ao proprietário de definir sob quais circunstâncias o bem tido sob seu domínio poderá ser possuído, usado ou disposto. Destarte, não apenas uma interferência danosa sobre o seu patrimônio, mas qualquer interferência que obstrua o seu poder exclusivo de definir a sorte da posse, do uso e da disposição daquele bem configura uma violação de seu direito de propriedade e, portanto, é passível de compensação¹⁴.

A devolução do lucro da intervenção, neste sentido, coloca-se como uma das possíveis respostas à violação de direitos de propriedade. Sempre que a interferência for diretamente danosa, representando uma efetiva redução patrimonial, a indenização pelas perdas sofridas será o remédio adequado. Contudo, quando uma interferência na faculdade do proprietário de definir os rumos da posse, uso e disposição, não resulte em prejuízos patrimoniais diretos, mas confira ao ofensor um ganho ou uma economia, uma correta retificação da ofensa é alcançada por uma compensação que perpassa pela condenação do interventor em devolver ao proprietário os lucros havidos (compreendendo aí tantos os ganhos auferidos quanto as despesas evitadas), posto ter se apropriado de forma indevida e desviado benefícios que, por direito, cabiam apenas ao proprietário¹⁵.

Aplicando essa mesma lógica ao âmbito contratual, Benson contrapõe-se à tese de Weinrib, justamente no que se refere à sua

14 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. *et al.* (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 313-321.

15 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. *et al.* (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 313-321.

compreensão do conteúdo do direito adquirido por meio de uma relação contratual. Divergindo da matriz kantiana sustentada por Weinrib, segundo o qual o que se adquire por um contrato é o direito ao ato de prestar por parte do devedor¹⁶, Benson vai justificar, de forma mais firme, a compatibilidade da devolução do lucro da intervenção com o direito contratual justamente em sua conhecida tese, por ele caracterizada como de matriz hegeliana¹⁷, de que, pelo contrato, opera-se *inter partes* uma verdadeira transferência de propriedade sobre o bem ou serviço objeto da prestação¹⁸.

O autor afirma que o conteúdo do direito adquirido por uma relação contratual é o mesmo daquele que se adquire por um meio originário de aquisição: a propriedade em si. O que diferiria o contrato de um modo originário de aquisição seria apenas sua origem derivada

16 O argumento de Weinrib acerca da natureza do direito conferido por um contrato pode ser encontrado na seguinte passagem: “Kant é explícito acerca da natureza do direito que emerge desse processo [contratual]. Não é o direito à matéria sujeita ao contrato. Nem tampouco é um direito à situação que resultaria da execução do ato prometido. Pelo contrário, é meramente um direito à prática daquele ato, ao que Kant chama de ‘a escolha do outro de executar uma tarefa específica’”. Tradução livre. No original: “*Kant is explicit about the nature of the right that emerges from this process. It is not a right to the subject matter of the contract. Nor is it a right to the situation that would result from the performance of the promised act. Rather, it is a right merely to the performance of that act, to what Kant calls “another’s choice to perform a specific deed”*”. WEINRIB, Ernest J. Punishment and disgorgement as contract damages. *Chicago-Kent law review*, v. 78, p. 55-104, 2003. p. 67.

17 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 325.

18 Vale notar que Benson tenta sustentar a compatibilidade da devolução do lucro da intervenção também dentro da concepção kantiana do objeto da transferência contratual como o ato de prestar. Ou seja, o autor tenta uma compatibilização de seu argumento com o esquema de transferência sustentado por Weinrib. Segundo Benson, quando se trata de prestação infungível, a direito ao ato de execução da prestação também se estenderia ao direito de não ter o mesmo ato a si prometido transferido a terceiros. Contudo, referido argumento não é pormenorizadamente aprofundado pelo autor, e diante, de sua explícita posição pela concepção de que o objeto da transferência contratual é a própria propriedade sobre o bem ou serviço, e não o direito ao ato de execução, a questão parece ter sido superada, tendo sido incluída no texto apenas à guisa de mostrar a estabilidade de seu argumento com posições divergentes da sua. BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. pp. 328-329.

e a abrangência de seus efeitos. Enquanto uma aquisição originária, por sua natureza necessariamente externalizada, posto consistir em um ato material de apropriação do bem pela pessoa, ter-se-ia um direito com dimensão *in rem*, e, portanto, *erga omnes* – oponível a todas as outras pessoas – no contrato, esse direito constitui-se *inter partes* – relacionalmente em face daqueles que participaram da relação contratual – , restringindo-se, nesse particular a uma dimensão *in personam*¹⁹. A execução do contrato, segundo Benson, não teria qualquer relevância *inter partes* em termos de constituição ou modificação dos direitos transferidos. Haveria, no entanto, uma relevância externa da execução, apenas para que aquilo que entre devedor e credor já é uma realidade transacionalmente constituída – a transferência da propriedade – possa também ser estendida a terceiros²⁰. Logo, a execução do contrato teria relevância para transmutar a dimensão *in personam* a uma dimensão *in rem*.

Nesse cenário, se, pelo menos em face do devedor, a propriedade do objeto da prestação é transferida ao credor logo na formação do contrato, decerto que atos incompatíveis com esse direito perpetrados pelo devedor no momento prévio à execução do contrato devem seguir a mesma lógica observada no contexto extracontratual. Logo, se o devedor destrói a coisa antes da entrega, ele impinge ao credor um dano, o qual deverá ser compensado pelo interesse de execução. Se o devedor, quando da data da execução, recusa-se à prestação devida, poderá o credor pleitear, quando cabível, a tutela específica. Nessa mesma toada, dentro do esquema sustentado por Benson, caso o devedor, antes da data da execução, aliene o bem ou o serviço a terceiros de modo a interferir no direito do credor de recebê-los na data aprazada, é cabível a devolução do lucro da intervenção eventualmente auferido

19 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. pp 321-326.

20 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 234. Conforme se verá adiante, esse raciocínio particular é superado na obra “*Justice in Transactions*”, a qual vai embutir no próprio contrato, já na sua formação, essa dimensão *in rem*.

pelo devedor, tal como seria na hipótese de apropriação indevida de coisa alheia, ou seja, de esbulho. Afinal, transacionalmente entre as partes, o conteúdo da prestação efetivamente já pertence ao credor e assim deve ser tutelado²¹.

Uma questão factual se coloca a distinguir a aplicação do remédio da devolução do lucro da intervenção no âmbito extracontratual e contratual, entretanto. Como nos contratos a transferência da propriedade do objeto da prestação é abstratamente construída de acordo com os termos do contrato, a caracterização de um ato de disposição ou uso do bem pelo devedor somente será incompatível com os direitos do credor se efetivamente a conduta interferir na sua faculdade de se apossar do bem ou serviço no momento da execução. Logo, quando o contrato transfere a propriedade de bens fungíveis, uma prévia alienação desses bens pelo devedor em nada impactará a titularidade do credor se, quando da data aprazada, outros exemplares da mesma qualidade e em mesma quantidade estiverem à disposição para entrega²².

Ademais, em situações de descumprimento de contratos de conteúdo fungível, o remédio adequado será a indenização pelo interesse positivo, pois ela será sempre suficiente para que o credor possa perquirir os mesmos bens fungíveis contratados no mercado. O remédio da devolução do lucro da intervenção, portanto, somente terá lugar quando o contrato em questão versar sobre bens ou serviços infungíveis, pois nesta situação, de fato, uma alienação a terceiros, invariavelmente, importará na interferência sobre o direito de propriedade já previamente transferido ao credor²³.

21 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. pp 321-326.

22 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. pp 326-328.

23 BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. et al. (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. pp 326-328.

Dentro dessa concepção, Benson logra sucesso em justificar a devolução do lucro da intervenção dentro de um esquema contratual eminentemente compensatório. A tese sustentada pelo autor não se baseia em qualquer consideração de dissuasão e articula, nos limites de uma moldura de justiça corretiva aplicada aos contratos, um argumento forte em favor da admissão da devolução do lucro da intervenção como um remédio adequado ao inadimplemento contratual sempre que o objeto da prestação contratada for infungível. O autor chega a afirmar, textualmente, que um esquema dito compensatório que se limitasse aos clássicos remédios da indenização pelo interesse de execução da tutela específica, rechaçando *tout court* a devolução do lucro da intervenção quando ela se demonstrasse cabível, estaria em desacordo com a própria noção de justiça corretiva na qual a violação do dever por parte do autor do ato ilícito deve corresponder ao prejuízo sofrido pela vítima²⁴.

O argumento sustentado por Benson no texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*” teve acolhida em estudos posteriores sobre o tema, ao menos em trabalhos preocupados com uma perspectiva teórica do direito privado. O texto de Andrew Botterell apoia-se largamente nas considerações formuladas por Benson para sustentar que, ainda que esposando-se a visão kantiana sobre o conteúdo do que se transfere em uma relação contratual, a noção de titularidades decorrentes do contrato autorizaria a interpretação pela compatibilidade do remédio dentro de um esquema de justiça corretiva²⁵. Katy Barnett analisa a posição bensoniana, acusando o autor de, em seu processo de raciocínio, estender excessivamente o conceito de dano a fim de acomodar a devolução do lucro da intervenção em um esquema compensatório²⁶. Anthony Sangiuliano

24 BENSON, Peter. *Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline*. In: NEYERS, J. *et al.* (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004. pp 320.

25 BOTTERELL, Andrew. *Contractual performance, corrective justice, and disgorgement for breach of contract*. *Legal Theory*, n. 16, pp. 135-160, 2010.

26 BARNETT, Katy. *Accounting for profit for breach of contract: theory and practice*. Portland: Hart Publishing, 2012. p. 21.

considera a posição de Benson, mas a crítica dentro de uma concepção kantiana por ele priorizada²⁷.

Contudo, apesar da repercussão de seus escritos e de diversas críticas a serem endereçadas sobre o tema, surpreendentemente, folheando-se a obra *“Justice in Transactions”*, a obra definitiva apresentada por Peter Benson sobre a teoria do direito contratual, não se identifica a reprodução do argumento apresentado em *“Disgorgement for breach of contract and corrective justice”*. É verdade que, na obra *“Justice in Transactions”*, Benson não descarta propriamente do tema da possibilidade de se calcular a sanção do inadimplemento contratual com base nos ganhos auferidos pela parte inadimplente. Quando reflete sobre os remédios oferecidos pelo direito em alternativa à indenização ao interesse de execução, o autor, ao lado da indenização pelo interesse de confiança, considera a possibilidade de se arbitrar a sanção pela quebra do contrato com base nos ganhos auferidos pela parte inadimplente em determinadas situações. No livro, Benson segue sustentando expressamente a possibilidade da aplicação da devolução do lucro da intervenção em duas hipóteses de configuração do inadimplemento contratual, as quais não haviam sido consideradas no texto *“Disgorgement for breach of contract and corrective justice”*. São elas: (i) situações nas quais “certas atividades lucrativas engendradas pelo demandado deveriam ser exercidas em benefício do demandante”²⁸ e (ii) situações nas quais a apuração dos *expectation damages* é difícil e a tutela específica impossível em razão de o prejuízo ser “irreversível, intangível e indireto”²⁹.

A primeira hipótese refere-se a situações na qual o próprio contrato, por seus termos expresso ou implícitos, define determinadas atividades do devedor como sendo realizadas em benefício do credor.

27 SANGIULIANO, Anthony Robert. A corrective justice account of disgorgement for breach of contract by analogy to fiduciary remedies. *Canadian journal of law and jurisprudence*, vol. 24, n. 1, pp. 149-190, fev. 2016.

28 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. p. 286.

29 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. p. 287.

Dessa forma, qualquer atitude incompatível com essa disposição poderá ser adequadamente compensada pela consideração dos ganhos auferidos pela parte em violação ao contrato. Nessas situações, Benson constata que a medida da perda do credor equivale aos ganhos do devedor, sendo a restituição do lucro da intervenção o equivalente à própria prestação devida³⁰. O remédio, nesta situação, dá ao credor o próprio objeto do contrato, configurando-se como uma verdadeira “execução forçada da prestação”³¹, tal como as são a tutela específica e a indenização pelo interesse de execução³².

Benson não exemplifica essa primeira hipótese, mas pode-se aventar que se enquadraria nesta situação exemplos como a violação de cláusulas de exclusividade em contratos com elementos fiduciários e de interdependência mútua, tal como a representação comercial³³, contrato no qual uma das partes se compromete a empreender esforços na promoção e venda de produtos da contraparte. Nesses cenários, é possível concluir que qualquer ganho auferido pelo representante advindo do exercício da atividade de representação comercial em violação da cláusula de exclusividade pode ser razoavelmente identificado com a perda do representado em não ter os seus produtos promovidos e vendidos.

Na segunda hipótese, verifica-se uma clara colocação do remédio como uma “segunda melhor” opção em termos de sanção, o que Benson denomina “indenização pelo valor da prestação perdida”³⁴, na qual as características da prestação são substituídas por um valor aproximativo em pecúnia. Essa resposta é justificada apenas

30 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. p. 286.

31 Tradução adaptada da expressão “*enforced performance damages*”, definida por Benson em: BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. pp. 269.

32 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. pp. 269; 286.

33 Acerca do contrato de representação comercial, cf. arts. 710-721 do Código Civil brasileiro, bem como a Lei n. 4886/1965.

34 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. pp. 273-274.

diante da impossibilidade de se computar o interesse de execução e de se determinar uma tutela específica³⁵, tendo em vista o prejuízo ser “irreversível, intangível e indireto”. Para exemplificá-la, Benson recorre a um dos precedentes mais célebres relativos à aplicação da restituição do lucro da intervenção no âmbito contratual: o caso “*Her Majesty’s Attorney General vs. Blake*”³⁶.

Blake era agente secreto à serviço da Coroa Britânica que havia cometido traição e revelado segredos de estado à União Soviética. Condenado e preso, o agente conseguiu fugir do cárcere e refugiou-se em Moscou. Anos após, Blake escreveu um livro de memórias, publicado na Inglaterra, revelando segredos que, embora não mais prejudiciais à segurança nacional, o proporcionaram lucros que se ligavam diretamente ao fato de sua traição e de sua atuação como agente duplo. O caso foi decidido em julho de 2000 pela Câmara dos Lordes britânica. No precedente firmou-se o entendimento pelo qual seria cabível, como remédio contratual, a devolução do lucro da intervenção “quando o réu obteve seus lucros ao fazer justamente aquilo que ele houvera contratado não fazer”³⁷. Na opinião da corte “Blake auferiu seu lucro ao fazer justamente aquilo que ele havia prometido não fazer”³⁸, visto que em seu contrato de trabalho havia

35 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. p. 274.

36 REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. Câmara dos Lordes. Apelado: O Procurador Geral de Sua Majestade. Apelante: Blake e outros. Relator: Lorde Nicholls de Birkenhead. Londres, 27 de julho de 2000. Disponível em: <House of Lords - Her Majesty’s Attorney General v. Blake and Another (parliament.uk)>. Acesso em setembro de 2021.

37 Tradução livre. No original: “*the defendant obtained his profit by doing ‘the very thing’ he contracted not to do*”. REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. Câmara dos Lordes. Apelado: O Procurador Geral de Sua Majestade. Apelante: Blake e outros. Relator: Lorde Nicholls de Birkenhead. Londres, 27 de julho de 2000. Disponível em: <House of Lords - Her Majesty’s Attorney General v. Blake and Another (parliament.uk)>. Acesso em setembro de 2021.

38 Tradução livre. No original: “*Blake earned his profit by doing the very thing he had promised not to do*”. REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. Câmara dos Lordes. Apelado: O Procurador Geral de Sua Majestade. Apelante: Blake e outros. Relator: Lorde Nicholls de Birkenhead. Londres, 27 de julho de 2000. Disponível em: <House of Lords - Her Majesty’s Attorney General v. Blake and Another (parliament.uk)>. Acesso em setembro de 2021.

uma disposição expressa no seguinte sentido: “Eu me comprometo a não divulgar nenhuma informação oficial por mim acessada como resultado de meu emprego, seja pela imprensa ou em forma de livro. Eu também compreendo que essas estipulações se aplicam não apenas durante o período de serviço, mas também para depois de o emprego ter se encerrado”³⁹. Pelo exemplo utilizado por Benson, vê-se que essa segunda hipótese em cogitação é particularmente adequada como remédio ao descumprimento de obrigações pessoais negativas.

Percebe-se, portanto, que nenhuma das duas hipóteses aventadas por Benson em *“Justice in Transactions”* parece abarcar a possibilidade de se utilizar os ganhos da parte inadimplente como medida da sanção pelo descumprimento de contratos com objeto infungível. Nessas situações não se cogita de uma “atividade estabelecida em benefício do credor” e tampouco se afigura uma situação de substitutivo pela perda da prestação. A possibilidade de utilização do instituto tal como sustentada por Benson no texto *“Disgorgement for breach of contract and corrective justice”*, mais ampla e fundamentada na natureza proprietária do direito do credor, não foi objeto de consideração em sua obra mais recente.

Diante dessa omissão, é possível suspeitar de uma eventual mudança de posição por parte de um Benson mais maduro. Face às amplas considerações prévias do autor sobre a temática, a omissão da questão na obra mais recente poderia representar um silêncio eloquente. Contudo, não parece ser essa a conclusão mais acertada, pois, considerando a construção teórica formulada pelo autor que propõe enxergar no contrato uma forma de transferência de propriedade, a tese sustentada no texto *“Disgorgement for breach of contract and corrective justice”* aparenta ser ainda totalmente compatível

³⁹ Tradução livre. No original: “I undertake not to divulge any official information gained by me as a result of my employment, either in the press or in book form. I also understand that these provisions apply not only during the period of service but also after employment has ceased”. REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. Câmara dos Lordes. Apelado: O Procurador Geral de Sua Majestade. Apelante: Blake e outros. Relator: Lorde Nicholls de Birkenhead. Londres, 27 de julho de 2000. Disponível em: <House of Lords - Her Majesty’s Attorney General v. Blake and Another (parliament. uk)>. Acesso em setembro de 2021.

com o arcabouço teórico apresentado por Benson em sua obra mais recente. É o que se buscará demonstrar no capítulo seguinte.

2. A ADEQUAÇÃO DA DEVOLUÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO COMO REMÉDIO AO INADIMPLEMENTO NO CASO DAS PRESTAÇÕES CONTRATUAIS INFUNGÍVEIS: UMA PROPOSTA INTERPRETATIVA À LUZ DA OBRA *JUSTICE IN TRANSACTIONS*

No livro “*Justice in Transactions*” Benson reproduz e robustece amplamente sua tese do contrato como transferência de propriedade, a qual, conforme demonstrado, constitui o cerne de seu argumento pela compatibilidade da devolução do lucro da intervenção nas hipóteses de prestações contratuais infungíveis. Já no prefácio da obra, Benson aponta que, com base na análise do direito contratual positivo, observando-se as regras pertinentes à formação do contrato, à justiça contratual e aos remédios para o inadimplemento, extrai-se a conclusão de que o contrato seria “uma forma particular de aquisição transacional entre as partes: uma transferência de propriedade entre as partes que é completamente efetuada e completa na formação do contrato, anterior e independente da [sua] efetiva execução”⁴⁰.

Ao analisar o requisito da *consideration*, elemento necessário à formação dos contratos não solenes no *common law*, tema espinhoso e de difícil justificação pelas teorias promissórias e eficientistas, Benson assenta o que é o suporte mais firme de sua tese em meio às regras contratuais vigentes. A noção expressada pelo requisito da *consideration* é a de que o contrato se tem por formado quando as partes mutuamente transferem à outra algo de valor jurídico (seja uma promessa, um ato ou uma abstenção). É este o momento a partir do

40 Tradução livre. No original: “*a particular form of transactional acquisition between the parties: a transfer of ownership between the parties that is fully effectuated by and is complete at contract formation, prior to and independently of actual performance*”. BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. p. xi.

qual aquilo que cada parte detinha em seu patrimônio é transacional e representacionalmente transferido ao patrimônio da outra, e vice-versa. Benson tem nessa figura peculiar ao direito contratual do *common law* maior evidência de que o contrato opera como um mecanismo de transferência de propriedade sobre o conteúdo daquilo que se compreende como *consideration*⁴¹.

Essa análise é completada pelo estudo dos remédios ao inadimplemento, que, elegendo a indenização pelo interesse de execução e a tutela específica como remédios prioritários, demonstram a percepção do direito segundo a qual a titularidade contratualmente transferida (*i. e.* a propriedade relacional) integra a esfera de direitos do credor. Por essa razão, o descumprimento contratual atrai sanções que têm por objetivo restituir ao credor, à medida do possível, exatamente aquilo que ele adquirira transacionalmente pelo contrato⁴².

É, entretanto, no capítulo 10 do livro, o qual é inteiramente dedicado a demonstrar a compatibilidade de sua tese do contrato como transferência de propriedade ao esquema mais amplo das demais áreas do direito privado, que os mesmos argumentos presentes no texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*” são retomados e elaborados longamente. Neste capítulo, após repisar a importância da *consideration* como base de sua percepção do contrato como meio de transferência de propriedade⁴³, Benson procede à mesma comparação entre a propriedade havida pelo contrato daquela adquirida pelos meios originários de apropriação.

O autor compara, por um lado, a aquisição pelos meios originários como sendo unilateral e dependente de externalização e, por outro lado, a aquisição contratual como sendo necessariamente transacional, especificada pelo conteúdo do acordo firmado entre as partes e, principalmente, abstrata e representacional, ou seja,

41 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. pp. 63-68.

42 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. pp. 298-299.

43 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. pp. 321-325.

independente de qualquer manifestação externa. Benson mantém clara sua posição segundo a qual, já na formação do contrato, o conteúdo da prestação (*consideration*) é transferido ao credor, que dele se assenhora por mero efeito do intercâmbio das prestações, sendo a execução do contrato um mero demonstrativo factual de respeito à propriedade já anteriormente adquirida, sem qualquer sentido normativo relevante. Nas palavras do autor: “a relação contratual, já na sua formação, consagra a independência normativa de cada parte *vis-à-vis* a outra na medida que cada uma delas obtêm um justo controle exclusivo contra a outra no que diz respeito à substância da *consideration*, sempre ao modo de uma representação e especificada transacionalmente”⁴⁴.

Aprofundando sua análise sobre as dimensões *in rem* e *in personam*, Benson quebra a dicotomia sustentada no texto anterior no sentido de atribuir eficácia *in rem* apenas à aquisição originária e a eficácia *in personam* apenas à manifestação contratual, passando a sustentar a existência de manifestações dessas duas eficácias em ambos os modos de aquisição. Em “*Justice in Transaction*”, Benson aprofunda sua posição segundo a qual, na formação contratual, todo direito a ser conferido já é transferido entre as partes, não detendo a execução contratual nem mesmo uma função de sucessão dos direitos *in rem*. O autor sustenta expressamente que mesmo os poderes proprietários já são totalmente estabelecidos no momento da formação, como um “justo título”⁴⁵, ainda que sua eficácia perante terceiros somente se opere com a efetiva entrega – nota-se, somente se opere, mas não se constitui⁴⁶. Essa concepção, com efeito, parece atribuir ainda maior

44 Tradução livre. No original: “*the contractual relation at formation enshrines the basic normative independence of each party vis-à-vis the other insofar as each obtains rightful exclusive control against the other with respect to the substance of the consideration, always in the medium of representation and as transactionally specified*”. BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. p. 352.

45 A expressão é empregada por Benson em sua formulação latina: “*iusta causa traditionis*”. BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. p. 358.

46 BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019. pp. 349-360.

razão para sua leitura da compatibilidade da devolução do lucro da intervenção na hipótese de prestações infungíveis, tendo em vista potencializar a natureza proprietária da titularidade adquirida pelo contrato.

Observa-se, portanto, que a tese central de Benson segundo a qual na formação do contrato já se tem, para todos os efeitos, a transferência de propriedade *inter partes* (efeito *in personam*) e já também a semente de sua eficácia *erga omnes* (efeito *in rem*), mantém-se, inclusive com maior densidade na obra “*Justice in Transactions*”. Ora, dentro dessa perspectiva, o argumento anteriormente sustentado pelo autor no já antigo texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*” parece inteiramente compatível e, inclusive, até mais fortalecido pela concepção do conteúdo daquilo que é transferido pelo contrato apresentada na obra “*Justice in Transactions*”. Assentada essa aparente compatibilidade, questionam-se as possíveis razões da omissão desse argumento no livro, o que será realizado adiante, à guisa de notas conclusivas.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o fervilhante tema da devolução do lucro da intervenção como remédio ao inadimplemento contratual ocupou as cogitações de Peter Benson em uma obra pretérita, qual seja, o texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*”. Em referido trabalho, o autor contrapôs-se à tese sustentada por Weinrib e argumentou, de modo inovador, pela compatibilidade desse remédio a um esquema contratual compensatório – *i. e.*, animado por considerações de justiça corretiva. Em que pese a repercussão desse texto, viu-se que o argumento especificamente sustentado, segundo o qual referido remédio seria adequado a situações envolvendo contratos de prestações infungíveis nos quais o devedor interferiria na propriedade transacionalmente conferida ao credor ao alienar o objeto do contrato a terceiros de forma lucrativa, não foi reproduzido em sua mais recente obra, o livro “*Justice in Transactions*”.

Neste seu último livro, Benson não desconsidera totalmente a problemática da utilização dos benefícios da parte inadimplente como medida da sanção pelo inadimplemento contratual, mas a considera em duas novas e distintas hipóteses, nas quais o argumento formulado no texto pretérito não parece se acomodar. Viu-se, no entanto, que, pela compreensão esposada pelo autor, que enxerga no contrato um meio de transferência de propriedade, a qual foi conservada e robustecida em “*Justice in Transactions*”, tem-se que o argumento outrora defendido permanece totalmente compatível com sua construção teórica atual.

Nesse cenário, concluindo-se pela compatibilidade do argumento, resta aventar as possíveis razões para a omissão apontada. Inicialmente, é possível suspeitar que a lacuna pode decorrer do caráter geral da obra, que tem a pretensão de justificar a teoria do contrato como transferência com base nas linhas gerais dos institutos do direito contratual. Assim, é compreensível que o livro se abstenha de deter-se em detalhes de alguns pontos sensíveis do debate jurídico. Com efeito, sua consideração sobre a utilização dos ganhos da parte inadimplente como remédio ao descumprimento contratual é tratada lateralmente, a título de ilustração da possibilidade de se utilizar outros meios de cômputo de indenização quando o interesse de execução não é facilmente aferível e a execução específica não está disponível. O argumento anteriormente sustentado, referente às prestações infungíveis, por versar menos sobre uma particular configuração dos remédios ao inadimplemento e mais sobre um debate acerca do conteúdo dos direitos contratualmente transferidos, poderia revelar-se deslocada.

Outra hipótese que se pode aventar é a de que, estabelecida com clareza a definição do conteúdo do direito contratualmente transferido – uma propriedade relativa, transacionalmente construída –, dada a identidade de razões do emprego do remédio da devolução do lucro da intervenção tal como ele se apresenta no âmbito extracontratual (como defesa da propriedade), a conclusão sustentada no texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*” pode ter inclusive soado como óbvia para Benson no contexto da obra “*Justice in Transactions*”.

Dito isso, é possível sustentar que, dentro do arcabouço bensoniano, tal qual trazido na obra “*Justice in Transactions*”, a devolução do lucro da intervenção segue como um remédio aceitável dentro de um esquema compensatório também naquela hipótese sustentada no texto “*Disgorgement for breach of contract and corrective justice*”. Para além das hipóteses expressamente abordadas no livro “*Justice in Transactions*”, quais sejam: (i) situações nas quais “certas atividades lucrativas engendradas pelo demandado deveriam ser exercidas em benefício do demandante” e (ii) situações nas quais a apuração dos *expectation damages* é difícil e a tutela específica impossível em razão de o prejuízo ser “irreversível, intangível e indireto”; entende-se como implicitamente inserida no arcabouço da obra a possibilidade de se empregar o remédio da devolução do lucro da intervenção também (iii) quando o objeto do contrato é infungível e o devedor interfere na propriedade transacionalmente conferida ao credor ao alienar o bem ou serviço a terceiros. Esta última hipótese, embora não expressamente contemplada pelo texto, pode dele ser extraída sem maiores dificuldades.

REFERÊNCIAS

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Second) of Contracts. In: SCOTT, R. E; KRAUS, J. S. *Contract law and theory*. 5º ed. Danvers: LexisNexis, 2013.

BARNETT, Katy. *Accounting for profit for breach of contract: theory and practice*. Portland: Hart Publishing, 2012.

BENSON, Peter. Contract as a transfer of ownership, *William & Mary law review*, v. 48, n. 5, pp. 1673-1731, 2007.

BENSON, Peter. Disgorgement for breach of contract and corrective justice: an analysis in outline. In: NEYERS, J. *et al.* (Coord.). *Understanding unjust enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004.

BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap/Harvard, 2019.

BOTTERELL, Andrew. Contractual performance, corrective justice, and disgorgement for breach of contract. *Legal theory*, n. 16, pp. 135-160, 2010.

EISENBENRG, Melvin A. The Disgorgement Interest in Contract Law. *Michigan law review*, vol. 105, n. 3, pp. 559-601, 2006.

FARNSWORTH, E. Allan. Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract. *Yale law journal*, vol. 94, pp. 1339-1393, 1985.

FULLER, L. L.; PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, vol. 46, n. 1, pp. 52-96, 1936.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. Câmara dos Lordes. Apelado: O Procurador Geral de Sua Majestade. Apelante: Blake e outros. Relator: Lorde Nicholls de Birkenhead. Londres,

27 de julho de 2000. Disponível em: <[House of Lords - Her Majesty's Attorney General v. Blake and Another \(parliament.uk\)](http://House of Lords - Her Majesty's Attorney General v. Blake and Another (parliament.uk))>. Acesso em setembro de 2021.

SANGIULIANO, Anthony Robert. A corrective justice account of disgorgement for breach of contract by analogy to fiduciary remedies. *Canadian journal of law and jurisprudence*, vol. 24, n. 1, pp. 149-190, fev. 2016.

WEINRIB, Ernest J. *Corrective justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WEINRIB, Ernest J. Punishment and disgorgement as contract damages. *Chicago-Kent law review*, v. 78, p. 55-104, 2003.