

DA FILOSOFIA MORAL AO DIREITO CONTRATUAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE METODOLOGIA E RESPONSABILIDADE

FROM MORAL PHILOSOPHY TO CONTRACT LAW: REMARKS ABOUT METHODOLOGY AND RESPONSIBILITY

DE LA FILOSOFÍA MORAL AL DERECHO CONTRACTUAL: CONSIDERACIONES SOBRE METODOLOGÍA Y RESPONSABILIDAD

Daniel Peixoto Murata*

1 Introdução. 2 A quebra contratual no mundo de *common law*. 3 Metodologia: questões preditivas e questões normativas. 4 Da *efficient breach* ao argumento contratualista de Steven Shavell. 5 A Crítica de Seana Shiffrin ao argumento de Shavell. 6 De volta à metodologia. 7 Práticas de responsabilidade e direito contratual. 8 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Objetivo: Neste artigo, tenho como objetivo a defesa de duas teses. De um lado, pretendo demonstrar como a reflexão sobre os fundamentos do direito contratual é conectada a questões centrais de filosofia moral. Defenderei que argumentar a favor ou contra determinada teoria do direito contratual é um exercício de filosofia moral e política. De outro lado, defendo que práticas de responsabilidade em outras áreas fornecem pistas relevantes sobre a função moral dos contratos. Nossas práticas de responsabilidade, argumento, favorecem um sistema contratual que preste mais atenção às partes que foram lesadas.

Método: Trata-se de trabalho teórico, em filosofia do direito, que pretende analisar de maneira rigorosa alguns conceitos centrais do direito privado a partir de referenciais em teoria analítica. Tomo como ponto de partida o debate sobre o valor da indenização decorrente de quebra contratual no contexto dos sistemas de *common law* travado por

* Professor de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Alphaville. Doutor em Filosofia do Direito pela University of Surrey, Guildford, Surrey, Reino Unido. Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. Pesquisador associado do Surrey Centre for Law and Philosophy (SCLP), Guildford, Surrey, Reino Unido. Artigo resultado de pesquisa de pós-doutorado na FDUSP financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), processo n. 2022/11660-0 (Bolsa de Pós-Doutorado). E-mail: danielpmurata@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4601-5921>



Seana Shiffrin e Steven Shavell, dois dos mais importantes teóricos contemporâneos do direito contratual em língua inglesa. A partir desse debate e de considerações metodológicas inspiradas em Ronald Dworkin e H.L.A. Hart, pretendo defender as duas teses centrais do artigo.

Resultado: O artigo discute diversos tópicos: noções de dogmática do direito privado, considerações de metodologia da teoria do direito, nossas práticas de responsabilidade. Trata-se de uma transversalidade intencional que demonstra como o direito contratual é um campo fértil para a reflexão filosófica em um sentido bastante relevante, de que a própria construção dos conceitos centrais do direito contratual depende de tomadas de posição em debates filosóficos profundos.

Contribuições: Neste artigo, faço a defesa de duas teses controversas, uma sobre a metodologia das teorias do direito privado e outra sobre a relação entre direito contratual e práticas de responsabilidade em um sentido mais amplo. O artigo contribui para a literatura em filosofia do direito privado e para a compreensão das relações entre direito contratual e filosofia moral. Ademais, a literatura discutida – em especial os trabalhos de Steven Shavell, Seana Shiffrin, Tony Honore e Bernard Williams – é pouco conhecida no Brasil. Nesse sentido, o artigo também contribui para o fomento de novos debates junto à literatura nacional.

Palavras-chave: direito contratual; responsabilidade moral; metodologia; indenização; ressentimento.

ABSTRACT

Objective: In this article, my objective is to defend two theses. On the one hand, I intend to demonstrate how reflection on the foundations of contract law is connected to central questions of moral philosophy. I will claim that arguing for or against a given theory of contract law is an exercise in moral and political philosophy. On the other hand, I argue that responsibility practices in other areas provide relevant clues about the moral function of contracts. Our practices of responsibility, I argue, favour a contractual system that pays more attention to the parties who have been injured.

Method: This is a theoretical work, in the philosophy of law, which aims to rigorously analyse some central concepts of private law based on references in analytical theory. I take as a starting point the debate on the value of damages arising from breach of contract in the context of *common law* systems carried out by Seana Shiffrin and Steven Shavell, two of the most prominent contemporary theorists of contract law in the English-speaking world. Based on this debate and on methodological considerations inspired by Ronald Dworkin and H.L.A. Hart, I aim to defend the two central theses of this article.

Result: The article discusses several topics: notions of private law doctrine, considerations on the methodology of legal theory, our responsibility practices. This is an intentional transversality that demonstrates how contract law is a fertile field for philosophical reflection in a very relevant sense, that the very construction of the central concepts of contract law depends on taking positions in deep philosophical debates.

Contributions: In this article, I defend two controversial theses, one on the methodology of private law theories and the other on the relationship between contract law and practices of responsibility in a broader sense. The article contributes to the literature on the philosophy of private law and to the understanding of the relationship between contract law and moral philosophy. Furthermore, the literature discussed – especially the works of Steven Shavell, Seana Shiffrin, Tony Honoré and Bernard Williams – is little known in Brazil. In this sense, the article also contributes to the promotion of new debates within national literature.

Keywords: contract law; moral responsibility; methodology; damages; resentment.

RESUMEN

Objetivo: En este artículo, mi objetivo es defender dos tesis. Por un lado, pretendo demostrar cómo la reflexión sobre los fundamentos del derecho contractual está conectada con cuestiones centrales de la filosofía moral. Sostendré que argumentar a favor o en contra de una teoría particular del derecho contractual es un ejercicio de filosofía moral y política. Por otro lado, sostengo que las prácticas de responsabilidad en otras áreas proporcionan pistas relevantes sobre la función moral de los contratos. Sostengo que nuestras prácticas de responsabilidad favorecen un sistema contractual que preste más atención a las partes que han resultado perjudicadas.

Método: Se trata de un trabajo teórico, en filosofía del derecho, que tiene como objetivo analizar con rigor algunos conceptos centrales del derecho privado a partir de referentes de la teoría analítica. Tomo como punto de partida el debate sobre el valor de la compensación derivada del incumplimiento de contrato en el contexto de los sistemas de *common law* llevado a cabo por Seana Shiffrin y Steven Shavell, dos de los teóricos contemporáneos más importantes del derecho contractual en lengua inglesa. A partir de este debate y de consideraciones metodológicas inspiradas en Ronald Dworkin y H.L.A. Hart, pretendo defender las dos tesis centrales del artículo.

Resultado: El artículo aborda varios temas: nociones de dogmática del derecho privado, consideraciones de metodología de la teoría jurídica, nuestras prácticas de responsabilidad. Se trata de una transversalidad intencional que demuestra cómo el derecho contractual es un campo fértil para la reflexión filosófica en un sentido muy relevante, que la construcción misma de los conceptos centrales del derecho contractual depende de tomar posiciones en debates filosóficos profundos.

Contribuciones: En este artículo defiende dos tesis controvertidas, una sobre la metodología de las teorías del derecho privado y otra sobre la relación entre el derecho contractual y las prácticas de responsabilidad en un sentido más amplio. El artículo contribuye a la literatura sobre la filosofía del derecho privado y a la comprensión de la relación entre derecho contractual y filosofía moral. Además, la literatura analizada – especialmente las obras de Steven Shavell, Seana Shiffrin, Tony Honore y Bernard Williams – es poco conocida en Brasil. En este sentido, el artículo también contribuye a la promoción de nuevos debates dentro de la literatura nacional.

Palabras clave: derecho contractual; responsabilidad moral; metodología; daños y perjuicios; resentimiento.

1 INTRODUÇÃO

“No mundo jurídico, a ideia mesma de contratos, à primeira vista, não parece suscitar dúvidas filosóficas. Ao menos no mundo de *civil law*, a positivação e codificação dos contratos aparentemente solucionaram muitos dos problemas sobre a natureza dos contratos. Tudo o que um estudante de direito brasileiro precisa saber sobre contratos em geral encontra previsão entre os artigos 421 e 480 do Código Civil de 2002, tudo que esse estudante precisa saber sobre contratos em espécie, por sua vez, está previsto entre os artigos 481 e 853 do mesmo diploma legal ou em legislação específica”.

A forma de pensar que acabei de apresentar entre aspas no parágrafo acima não representa meu pensamento, apesar de ser bastante comum entre juristas brasileiros. No entanto, a sofisticação do direito contratual não fez que dúvidas mais abstratas, sobre seus fundamentos ou limites, desaparecessem. Ao contrário, conforme tentarei mostrar neste artigo, o direito contratual demanda investigação filosófica aprofundada sobre seus fundamentos e seus elementos mais concretos.

Meu ponto de partida será um interessante debate sobre o valor da indenização (*damages*) decorrente de quebra contratual (*breach of contract*) no contexto dos sistemas de *common law*. Trata-se de um debate travado por Seana Shiffrin e Steven Shavell, dois dos mais importantes teóricos contemporâneos do direito contratual em língua inglesa, ainda pouco conhecidos no Brasil. Meu objetivo com a reconstrução desse debate, bem como com a apresentação de considerações metodológicas sobre como devemos proceder na elaboração e defesa de diferentes teorias do direito contratual, é duplo.

Em primeiro lugar, pretendo demonstrar como a reflexão sobre os fundamentos do direito contratual demanda que nos engajemos com questões centrais de filosofia moral. Em outras palavras, defenderei que argumentar a favor ou contra determinada teoria do direito contratual é um exercício de filosofia moral e política.

Em segundo lugar, pretendo indicar, ainda que de maneira muito breve, que nossas práticas de responsabilidade na vida e em outras áreas do direito nos fornecem

pistas relevantes sobre a função moral dos contratos. Sobre este ponto, argumentarei que nossas práticas de responsabilidade parecem indicar para boas razões em favor de termos um sistema que preste mais atenção às partes lesadas pela quebra contratual.

Apesar de tomar o direito contratual da *common law*, em especial da Inglaterra e dos Estados Unidos, como meu ponto de partida, o argumento do artigo é elaborado em termos suficientemente gerais para ter valia para juristas de outros sistemas jurídicos.

2 A QUEBRA CONTRATUAL NO MUNDO DE *COMMON LAW*

Caso eu e você celebremos um contrato de compra e venda de um carro e eu me recuse a pagar o valor que havíamos originalmente definido, eu incorro em quebra contratual, ou seja, eu falho em cumprir com minha parte do acordo pactuado entre nós. Em cenários assim, é esperado que o direito entre em cena e faça algo para remediar a injustiça cometida (a expressão inglesa *contractual remedies* é bastante feliz ao capturar esse sentido). Como o direito remedia essa injustiça? O entendimento, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, é de que a pessoa lesada pela quebra de contrato deve receber uma indenização pecuniária suficiente para alçá-la à situação financeira mais parecida possível com aquela em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Trata-se da doutrina do interesse de expectativa (*expectation interest*), cuja formulação clássica no direito inglês é fornecida por James Parke, 1º Barão de Wensleydale, no caso *Robinson v Harman* (1848):

[A] regra do direito comum (*common law*) é que, quando uma parte sofre perdas por causa de uma quebra de contrato, ela deve, na medida em que o dinheiro puder fazer isso, ser colocada na mesma posição, em relação aos danos (*damages*), que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido (Reino Unido, 1848, tradução própria)¹.

A doutrina do interesse de expectativa é a regra geral, mas não é a única forma de se mensurar a compensação devida por quebra de contrato. Os tribunais também podem se valer – quando for o caso – da doutrina do interesse de confiança (*reliance interest*). Segundo essa doutrina, que se tornou famosa no direito inglês com o caso *Anglia Television Ltd v Reed* (Reino Unido, 1972), pode haver indenização, tendo como critério os gastos que a parte lesada incorreu por ter *dependido ou confiado* na parte que lesou. Um bom exemplo seria o seguinte: imagine que eu te contrate para fornecer o *buffet* em meu casamento. Você incorre em uma série de gastos (ingredientes para cozinhar, compra de bebidas, gastos com pessoal etc.). De última hora, não cumpro o combinado de minha parte e não faço a festa de casamento. Segundo a doutrina do interesse de confiança, os

¹ Original: “The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed”.

gastos que você teve por ter confiado em mim são uma boa métrica para o valor da indenização.

Em casos excepcionais, o direito tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos permite aos tribunais demandarem o cumprimento específico (*specific performance*) daquilo que foi contratado. O nome desse remédio é enganoso, e ele tem aplicação bastante circunscrita: o direito *não autoriza* que tribunais obriguem M a pintar meu apartamento caso ele descumpra nosso contrato de prestação de serviços, ou seja, o cumprimento específico não pode obrigar alguém a prestar um serviço². No entanto, caso eu tenha celebrado com M o contrato de compra e venda de algum bem bastante particular, como uma obra de arte específica, e M se negue a me entregar a obra após o pagamento, os tribunais podem demandar que ele a entregue para mim (os casos mais usuais de cumprimento específico envolvem imóveis).

Indenizações (medidas pelas doutrinas da expectativa ou da confiança) e cumprimento específico não são os únicos remédios possíveis para quebra contratual. Restituição em relação aos ganhos auferidos pela parte que quebrou o contrato (*restitution*) e cláusulas contratuais que estabelecem o valor da indenização de antemão (*agreed damage clauses*) são outras duas possibilidades³. A questão que será o foco do artigo, porém, é a seguinte: *poderiam (ou deveriam) os tribunais punir aqueles que quebram contratos, estipulando um valor punitivo para as indenizações (punitive damages)?*

3 METODOLOGIA: QUESTÕES PREDITIVAS E QUESTÕES NORMATIVAS

Qualquer advogado inglês ou americano responderia rapidamente à pergunta com a qual terminei a seção anterior: não. Em regra, tanto o direito americano quanto o direito inglês entendem que não é possível ao reclamante, em um litígio envolvendo quebra contratual, receber uma indenização punitiva (*punitive damages*), também chamada de indenização exemplar (*exemplary damages*). No caso inglês, esse entendimento remonta ao século XIX, mas é bem explicitado no importante caso *Addis v Gramophone Co Ltd*. Em *Addis*, a discussão – em um contexto no qual ainda não havia um direito do trabalho consolidado – era se as condições humilhantes nas quais um empregado foi demitido poderiam influenciar no valor da indenização que ele receberia pelo fato de a empresa ter quebrado o contrato entre eles. Lorde Atkinson apresentou aquela que seria a opinião vencedora naquele caso: “Sempre compreendi que a indenização (*damages*) por quebra de contrato tinha natureza de indenização e não de punição”, e mais adiante, “ele [reclamante] deve receber adequada compensação em dinheiro pela perda daquilo que teria recebido tivesse o contrato sido cumprido, e nada mais” (Reino Unido, 1909,

² Ver, por exemplo, o precedente de *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores* (Reino Unido, 1997a).

³ Para uma apresentação dos remédios contratuais no direito americano, ver Bix (2012, p. 87-117).

tradução própria)⁴. Em outras palavras, ao menos naquela situação, o valor da indenização não poderia abarcar também uma punição àquele que quebrou o contrato⁵.

A questão *podariam (ou deveriam) os tribunais punir aqueles que quebram contratos, estipulando um valor punitivo para as indenizações (punitive damages)?*, tomada como uma *questão preditiva*, ou seja, uma indagação sobre o que os tribunais provavelmente decidirão ao contemplar um caso concreto, é portanto facilmente respondida no direito inglês. A mesma regra geral vale no direito americano. Bix (2012, p. 98-99) resume a situação americana da seguinte forma: “*Punitive damages* não estão disponíveis em casos de quebra de contrato, com exceção, em muitas jurisdições [vale lembrar que, no caso americano, os estados contam como jurisdições distintas], de casos envolvendo companhias de seguros e má-fé [...]”, mas adiciona que “*punitive damages* podem decorrer de uma quebra contratual se a ação da outra parte puder ser caracterizada como um ilícito civil (*tort*) independente (por exemplo, fraude), já que esses tipos de indenização estariam disponíveis em conexão com uma reivindicação de responsabilidade civil” (Bix, 2012, p. 98-99, tradução própria)⁶.

Essa resposta fácil, no entanto, não é necessariamente verdade em todas as jurisdições. Tampouco é verdade que responder à pergunta *preditiva* seja suficiente para responder à pergunta *normativa*⁷. Podemos nos perguntar também qual seria o *fundamento* dessa restrição, ou seja, por que não deveríamos conceder indenizações punitivas? É importante perceber a natureza distinta da questão perguntada. Quando nossa pergunta é *preditiva*, estamos interessados em saber o que provavelmente será o caso em uma situação concreta. É o tipo de pergunta que um advogado habilidoso deve ser capaz de responder ao lidar com seus clientes. Em outras palavras, são perguntas sobre a probabilidade de certo estado de coisas no mundo se concretizar.

Perguntas normativas, por outro lado, estão preocupadas com o fundamento de algo, com as razões que temos para se fazer ou deixar de fazer algo. Suponha que exista uma lei que obriga mulheres a abaixarem a cabeça sempre que passarem por algum homem, sob pena de multa pesada. Suponha também que o *enforcement* dessa lei é eficiente (ela goza, por assim dizer, de grande eficácia social). Quando uma mulher

⁴ Original: “I have always understood that damages for breach of contract were in the nature of compensation, not punishment”; “[...] he is to be paid adequate compensation in money for the loss of that which he would have received had his contract been kept, and no more”.

⁵ Vale mencionar que decisões subsequentes restringiram bastante o escopo de *Addis*. Ver, em especial, *Malik and Mahmud v Bank of Credit and Commerce International* (Reino Unido, 1997b).

⁶ Original: “Punitive damages are not available for breach of contract cases, with the exception, in many jurisdictions, of cases involving insurance companies and bad-faith [...]”; “[...] punitive damages can arise out of a breach of contract if the other party’s action can be characterized as an independent tort (e.g., fraud), as those sorts of damages would be available in connection with a tort claim”. Voltarei à responsabilidade civil extracontratual mais tarde.

⁷ Tomei os termos *preditiva* e *normativa*, nesses sentidos, de empréstimo de Nye (2022).

pergunta a sua advogada se ela deveria abaixar a cabeça, a resposta provável dessa advogada será “você deveria abaixar a cabeça”. Desse estado de coisas não decorre, porém, que a lei tenha algum fundamento ou que existam quaisquer razões – para além de razões prudenciais – para se obedecer a essa lei. Ela é, afinal de contas, uma lei *imoral*.

Em nosso caso, a pergunta normativa pode ser mais bem formulada nos seguintes termos: *os tribunais estão justificados em estipular um valor punitivo para as indenizações por quebra contratual?* A pergunta, nesses termos, invoca um questionamento adicional, *justificado com base em que?*⁸ Uma resposta que imediatamente vem à mente do jurista é: com base nas fontes do direito. Essa resposta padece de dois problemas. Em primeiro lugar, não temos uma definição clara do que conta como uma fonte do direito, ou seja, os velhos questionamentos em teoria do direito sobre a ideia de validade jurídica são um obstáculo aqui. Em segundo lugar, mesmo que pudéssemos identificar uma teoria satisfatória das fontes do direito, restaria ainda a pergunta sobre o conteúdo dessas fontes, sobre como interpretá-las. Uma ideia com previsão legal expressa no direito brasileiro, por exemplo, a ideia de “função social dos contratos”, prevista no art. 421 do Código Civil tem que conteúdo? Como devo interpretá-la? As mesmas questões aparecem em relação aos princípios da probidade e da boa-fé, presentes no art. 422 e talvez de maneira ainda mais drástica com os princípios da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, inseridos no parágrafo único do art. 421 pela Lei nº 13.874/2019 e que não contam com qualquer tradição interpretativa de fundo. Em resumo, apelos às fontes do direito – o que quer que se pretenda com o termo – são incapazes de responder à pergunta normativa.

Outra resposta, sugerida pelo que disse acima, seria: com base na dogmática jurídica (inclusive muitos juristas pensam, a meu ver erroneamente, que é a própria dogmática que fixa respostas para as duas perguntas envolvendo fontes do direito que vimos no parágrafo anterior). Por dogmática, refiro-me ao trabalho de sistematização do direito que juristas ocasionalmente fazem. Essas sistematizações são úteis na vida do jurista porque permitem que ele aplique o direito com alguma margem de certeza. Em linguagem mais técnico, a dogmática é uma ferramenta que permite a decidibilidade de conflitos jurídicos (Ferraz Júnior, 2003).

Tentar responder à pergunta normativa com apelos à dogmática também não funciona, porque o próprio esforço de sistematização que a dogmática promove é dependente de princípios de fundo que a orientam. Uma analogia é útil para esclarecer esse ponto: caso eu pretenda fazer um mapa de uma cidade, eu preciso ter alguns princípios-guia, já que, se absolutamente todos os elementos da cidade estiverem no mapa, este não conseguirá cumprir sua função de orientar as pessoas (perder-se na cidade

⁸ Minha discussão neste parágrafo e nos parágrafos seguintes é fortemente influenciada pela abordagem metodológica geral de Dworkin (1986, 2011).

significaria perder-se no mapa e vice-versa)⁹. Como elencar o que deve estar no mapa? Isso vai depender, em parte, dos propósitos do mapa. Caso eu queira produzir um mapa das linhas de trem, as estações ferroviárias certamente devem ocupar uma posição de destaque em meu mapa, mas não necessariamente as rodovias. Caso compreendamos a dogmática jurídica dessa forma, precisamos de princípios capazes de orientá-la, princípios os quais serão, em alguma medida, externos à própria dogmática.

A sugestão que farei aqui é a de que responder à pergunta normativa envolve considerações de moralidade política¹⁰. Formular uma opinião sobre a justificação ou não das indenizações punitivas envolve deliberação sobre os princípios de moralidade política que subjazem o direito contratual e o direito como um todo. É importante notar que são esses mesmos princípios (ou algum sub-conjunto deles) que permitem a elaboração de uma dogmática ou a interpretação de fontes do direito (uso o termo de maneira ampla aqui). Da mesma maneira que, para elaborar um mapa, eu preciso saber qual o seu propósito (destacar as linhas de trem, a topografia etc.), eu preciso de princípios de moralidade política para sistematizar o direito e para atribuir-lhe um sentido em casos concretos.

Por que princípios de moralidade política, e não princípios estéticos, por exemplo? Porque o exercício do direito envolve a violência do Estado – em maior ou menor grau – contra os cidadãos¹¹. A justificação do uso da violência, caso seja possível, deve se dar em termos morais (Dworkin, 1986, p. 87-113). Isso fica evidente quando pensamos em um exemplo. Imagine uma autoridade jurídico-política que impõe a violência do Estado contra um cidadão e fundamenta sua decisão em critérios estéticos. “Essa é a decisão mais bela que consegui escrever, por isso a impus”, diz essa autoridade. O próprio caráter esdrúxulo do exemplo reforça o ponto que quero fazer. Os únicos princípios com *alguma* chance na justificação do uso da força do Estado são princípios de moralidade política. Com isso em mente, podemos refinar mais uma vez a pergunta normativa: *é possível justificar moralmente as indenizações punitivas por quebra contratual?*

4 DA *EFFICIENT BREACH* AO ARGUMENTO CONTRATUALISTA DE STEVEN SHAVELL¹²

A resposta mais comum para a pergunta normativa é de que não é possível justificar moralmente as indenizações punitivas por quebra contratual por causa da ideia da quebra eficiente (*efficient breach*) dos contratos. Em linhas gerais, o argumento da *efficient breach* é

⁹ A analogia é empregada por Arthur C. Danto e tem origem em Lewis Carroll (Danto, 1981).

¹⁰ A sugestão é fortemente inspirada nos trabalhos de Dworkin (1986, 2011).

¹¹ Conforme famosamente discutido por Weber (1978).

¹² Nesta seção e na seguinte, utilizo alguns parágrafos originalmente escritos para o apêndice de minha tese de doutorado em direito na University of Surrey (Murata, 2022). O texto que aqui aparece foi substantivamente revisto e expandido.

de que quebras contratuais podem promover uma alocação de recursos mais eficiente na sociedade. Por exemplo, A tem um contrato com B, mas C faz uma proposta melhor e que, no geral, melhoraria a alocação de recursos caso fosse aceita (no entanto, para fazer esse novo contrato com C, A precisaria ocorrer em quebra contratual com B). A quebra o contrato com B para fazer um novo contrato com C não deveria atrair uma punição adicional para além da indenização em termos de expectativa (*expectation interest*) ou confiança (*reliance interest*) precisamente porque essa quebra melhoraria o bem-estar geral. Indenizações punitivas fornecem um incentivo para que as partes contratantes não quebrem os contratos, mesmo quando a quebra promove uma alocação mais eficiente de recursos, e isso no agregado geraria um estado de coisas pior do que a “liberação” das quebras. Trata-se de um argumento tipicamente consequencialista, orientado para as consequências de determinados arranjos jurídicos e que costumeiramente recebe apoio de proponentes do movimento *Law and Economics*.

Para Steven Shavell, professor de *Law and Economics* na Universidade de Harvard, há formas mais refinadas de justificação moral de certas quebras contratuais do que o argumento da quebra eficiente. Em outras palavras, ele responde nossa pergunta normativa (é possível justificar moralmente as indenizações punitivas por quebra contratual?) com uma negativa qualificada, mas o faz de modo que o argumento não dependa de considerações consequencialistas. Por que razão alguém evitaria considerações consequencialistas? Trata-se de um tópico bastante discutido em filosofia moral, mas fiquemos com as duas razões mais recorrentes.

Em primeiro lugar, considerações consequencialistas são por definição suscetíveis à contraprovas empíricas. O argumento consequencialista contra indenizações punitivas é o de que quebras eficientes gerariam um estado de coisas melhor no agregado. Caso esse estado de coisas não decorra, de fato, da permissibilidade da quebra eficiente, o argumento perde sua força. Pense em um exemplo fora da discussão contratual. Conservadores, em geral, argumentam em favor da proibição do consumo de drogas, alegando que a liberação das drogas degradaria a sociedade. Caso a liberação das drogas não promova – de fato – essa degradação, esse argumento conservador perderia sua força. Em segundo lugar, e mais importante para efeitos desse artigo, argumentos consequencialistas são incapazes de descrever aspectos centrais de nossas práticas morais e jurídicas. Voltarei a essa segunda razão quando for discutir as críticas de Shiffrin ao argumento de Shavell, por isso vamos deixá-la de lado por enquanto.

Shavell responde negativamente nossa pergunta normativa a partir da ideia de um “contrato hipotético exaustivo” (*complete hypothetical contract*). Contratos reais, feitos por pessoas concretas no decorrer de suas vidas, são, em geral, incompletos no sentido de não preverem todas as possibilidades de quebra. Trata-se de um truísmo do direito contratual em qualquer lugar do mundo, e, de fato, boa parte do direito contratual existe

precisamente por causa de eventos imprevisíveis que afetam o cumprimento contratual. Shavell nos convida a fazer um exercício comparativo entre dois contratos. O primeiro contrato é o contrato real, “incompleto”. O segundo é o “contrato hipotético exaustivo”, isto é, um contrato hipotético que cobriria todas as possibilidades de quebra (daí sua exaustividade) e que as partes poderiam ter razoavelmente aceitado. Trata-se de um contrato que prevê as possíveis quebras, estabelecendo as indenizações pertinentes. *Razoavelmente aceitado* é a noção-chave aqui. O contrato hipotético exaustivo é o contrato que agentes razoáveis e de boa-fé teriam concordado, se tivessem condições de elaborá-lo (isso demandaria, naturalmente, muito mais tempo, recursos e sabedoria do que o disponível aos agentes concretos) (Shavell, 2006, 2009).

Como funciona a comparação? Quando o contrato incompleto da vida real nada diz sobre uma quebra contratual em questão, essa quebra não será considerada injusta caso encontre previsão nos termos do contrato hipotético. Partes razoáveis e bem-informadas teriam sido a favor de indenizações punitivas por causa da quebra X, ou entenderiam que essa quebra seria justificável, cabendo apenas a indenização pertinente (em geral, medida pelo interesse de expectativa)? É essa a questão que Shavell nos apresenta (Shavell, 2006, 2009). É importante perceber que o argumento apresentado até aqui diz respeito a quebras contratuais em geral e não apenas àquelas que seriam consideradas justificadas nos termos da doutrina da *efficient breach*. Shavell porém nos diz algo mais específico sobre quebras eficientes:

quando de fato ocorre uma quebra eficiente, ela coincide com os termos de promessas contratuais completamente detalhadas [do contrato hipotético exaustivo] e, portanto, não deve ser vista como imoral [...]. Esta conclusão não tem nada a ver diretamente com a promoção de uma medida utilitarista de bem-estar social (Shavell, 2006, p. 458, tradução própria)¹³.

Existem duas importantes qualificações feitas por Shavell. Em primeiro lugar, o autor reitera, ao longo de seus trabalhos, que não está fazendo uma defesa incondicional da moralidade das quebras contratuais. Tudo o que Shavell está dizendo é que quebras contratuais *podem* ser moralmente justificadas se estiverem de acordo com o previsto em um contrato hipotético exaustivo, e nem toda quebra estará prevista nesse contrato. Em segundo lugar, a ideia geral das indenizações por quebra de contrato é a de que a parte lesada deve ser colocada em posição financeira semelhante àquela que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Em termos tão gerais, a ideia desconsidera os custos envolvidos no litígio. Na prática, levar demandas ao judiciário tem custos, e, em muitas situações esses custos podem exceder o valor da própria indenização. Essa perspectiva pode levar a parte lesada a não ingressar contra a parte que a lesou, ou seja, a parte que

¹³Original: “[...] when efficient breach does occur, it coincides with the terms of completely detailed contractual promises and thus should not be seen as immoral [...]. This conclusion has nothing directly to do with promoting a utilitarian measure of social welfare [...]”.

quebrou o contrato sairia ileso. Evidentemente, não há nada de moralmente justificável nesse tipo de situação (Shavell, 2009, p. 1575)¹⁴.

Temos até o momento duas formas distintas de resposta para nossa pergunta normativa (é possível justificar moralmente as indenizações punitivas por quebra contratual?). Uma primeira resposta negativa é fornecida pela teoria da quebra eficiente (*efficient breach*). Tratava-se de uma teoria de inspiração consequencialista, por isso era vulnerável aos mesmos tipos de crítica que costumam ser feitas contra o consequencialismo na filosofia moral, especialmente contra o utilitarismo (a teoria consequencialista por excelência). Uma segunda resposta nos foi apresentada por Shavell, baseada na estrutura de um contratualismo hipotético. O argumento de Shavell não é vulnerável ao tipo de contingência que afetaria a resposta normativa fornecida por uma teoria consequencialista, no entanto possui suas próprias dificuldades. Em especial, parece compartilhar da mesma dificuldade da teoria da *efficient breach* em explicar aspectos centrais de nosso engajamento prático com o direito.

5 A CRÍTICA DE SEANA SHIFFRIN AO ARGUMENTO DE SHAVELL

Seana Shiffrin, professora de filosofia do direito da UCLA, argumenta nesse sentido. Ela critica a teoria de Shavell a partir de duas considerações. A primeira consideração é de caráter metodológico. Shavell parece pressupor que o contratualismo hipotético é a única teoria ética capaz de explicar a moralidade ou imoralidade das quebras contratuais. Essa pressuposição é problemática. O contratualismo hipotético (que tipos de acordos seriam reconhecidos e respeitados por partes razoáveis e bem-informadas?) captura várias de nossas intuições morais, em especial, as que se referem aos arranjos interpessoais. Vou adaptar um exemplo que Dworkin usa em outro contexto para mostrar isso (Dworkin, 2013, p. 186-188).

Imagine que estamos com um grupo de amigos em uma casa de praia em um dia chuvoso. Entediados, decidimos inventar um jogo usando um baralho. Como estamos criando um jogo do zero, é natural que as regras por nós estabelecidas sejam incompletas. Muito provavelmente encontraremos situações imprevistas conforme jogamos. Ao nos depararmos com essas situações, o aparato do contratualismo hipotético parece intuitivo: “que regra teríamos elaborado para essas situações se estivéssemos perfeitamente bem-informados quando criamos o jogo?”. A pressuposição de razoabilidade das partes também é intuitiva, afinal, não faria sentido querer jogar com pessoas não razoáveis (ou com agendas ocultas etc.). Pense da seguinte maneira: eu e você estamos jogando, e surge uma situação imprevista. Duas possíveis regras são sugeridas para lidar com essa situação, sendo uma delas mais equitativa e a outra uma regra que daria uma vantagem exagerada

¹⁴ Para um estudo clássico sobre o problema dos custos envolvidos no processo e em como isso impacta o acesso à Justiça, ver Cappelletti e Garth (1988).

a mim. Caso eu insista na adoção da regra que me beneficia de maneira injusta, você e os demais jogadores poderiam me pressionar da seguinte forma: “essa regra é injusta. Você não teria concordado com ela se a tivéssemos sugerido antes da partida começar”.

O exemplo mostra que o contratualismo hipotético tem peso. No entanto, não é o único tipo de teoria ética capaz de exercer “força gravitacional” (para utilizar outra expressão de Dworkin) em discussões sobre direito contratual. Shiffrin menciona de passagem que alguém também poderia defender a tese de que a parte que tem mais informações sobre os fatos em torno do contrato é aquela que tem mais responsabilidades sobre ele. Essa visão alternativa, baseada na assimetria de informação entre as partes contratantes, também apela às nossas intuições morais e não pode ser reduzida ao contratualismo hipotético. Como ilustrações da força dessa forma de se pensar, podemos indicar restrições que existem em muitos sistemas jurídicos ao princípio geral do *caveat emptor*, para que a parte com mais informações revele o que sabe, ou ainda regras consumeristas, como o Código de Defesa do Consumidor no Brasil (Lei no 8.078/1990) e o *Consumer Rights Act* de 2015 no Reino Unido. Shiffrin explica o ponto da seguinte maneira: “nós podemos [...] pensar que se a parte mais informada sobre a questão – ou mais capaz de controlar os fatores que dão origem à contingência – não inicia a discussão sobre o assunto, então ela deveria arcar com o fardo da lacuna” (Shiffrin, 2009, p. 1561)¹⁵. Em outras palavras, o argumento aqui é o de que outras teorias éticas poderiam ser igualmente invocadas na discussão sobre quebras contratuais, não apenas o contratualismo hipotético, e de que essas outras teorias também são capazes de exercer força gravitacional no nosso modo de pensar sobre o assunto.

Vale a pena parar um pouco e apreciar como a discussão até aqui prova a tese central do artigo, a de que o direito contratual está intimamente ligado a discussões mais profundas de filosofia moral. As duas respostas vistas até aqui (o argumento clássico da *efficient breach* e o argumento de Shavell) para a pergunta normativa são de caráter moral. São dois tipos de teoria ética aplicadas ao cenário mais concreto do direito contratual, sendo que essa aplicação ao cenário concreto produz visões distintas sobre o direito contratual. As críticas tecidas contra ambas as respostas são também morais: os problemas usuais do consequencialismo para uma teoria e a impossibilidade de se assumir, sem maior argumento, uma teoria ética como sendo a mais adequada. Em especial, vimos, no último parágrafo, que outras formas de se pensar questões éticas podem explicar a força normativa de aspectos relevantes do direito contratual contemporâneo (o argumento de Shiffrin sobre assimetria de informações e sua relação com legislação consumerista) para além do modelo de Shavell. Caso tudo isso esteja correto, podemos ver, desde já, como

¹⁵ Original: “[...] we might [...] think that if the party most aware of the issue - or most capable of controlling the factors giving rise to the contingency - does not initiate a discussion of the matter, then she should bear the burden of the gap”. Para a resposta de Shavell a Shiffrin, ver Shavell (2009, p. 1577-1578).

debates no direito contratual podem ser *proxies* de debates em filosofia moral. A segunda forma de crítica avançada por Shiffrin contra o argumento de Shavell vai fortalecer ainda mais essa conclusão.

A segunda crítica é a de que um argumento como o de Shavell é insuficiente para explicar a fenomenologia da quebra contratual, ou seja, a maneira por meio da qual a quebra contratual é percebida pelos agentes envolvidos. Isso pode ser visto em um exemplo contado por Shiffrin. Suponha que você tenha contratado uma encanadora para consertar um vazamento em sua casa. A encanadora nunca aparece no horário combinado, por isso é necessário contratar outra pessoa para fazer o trabalho. Ao fim do dia, você fica frustrado e se sente um tolo por ter confiado na encanadora original. Shiffrin quer chamar a atenção para o fato de que, em um caso assim, você ainda pode se ressentir da encanadora original mesmo quando ela te compensa financeiramente (te devolvendo o dinheiro, pagando o outro encanador, ou algo assim).

É importante prestar atenção às nuances das atitudes envolvidas nessa situação. Notadamente, ao fato de que o seu ressentimento ainda pode ser considerado adequado mesmo em uma situação na qual você ficou financeiramente em uma posição melhor após a compensação do que estaria caso o contrato original tivesse sido cumprido. Por que isso acontece? Shiffrin (a meu ver corretamente) sugere que isso não é apenas inércia emocional ou mesquinhez. O ressentimento pode persistir porque os transtornos causados pela encanadora – como horas perdidas, o esforço de contratar outra pessoa, a carga emocional envolvida na história – não desaparecem magicamente após a indenização. Existe uma narrativa que te conecta àquela encanadora e não se trata de uma narrativa agradável. É por isso que a atitude reativa do ressentimento ainda parece caber aqui. No fundo, em caso como este, o que aconteceu é que outra pessoa desconsiderou sua vontade sem sequer ouvir o que você tinha a dizer a respeito. É como se a encanadora não tivesse tratado você com a consideração que você acredita que merece (Shiffrin, 2009, p. 1564).

Parece-me que o ponto de Shiffrin é o de que o ressentimento que você nutre em relação à encanadora é decorrente da falta de consideração que ela demonstrou em relação a você ao não agir de acordo com os seus interesses da maneira que foi estipulada no contrato. Faz sentido *responsabilizá-la* pelo que ela fez nessa situação¹⁶. É por isso que Shiffrin entende haver um aspecto de imoralidade em muitas quebras contratuais (ainda que não em todas, devemos notar). Qual a consequência dessa percepção? Uma vez que entendemos que quebras contratuais podem ser imorais, decorre disso que uma cultura jurídica que seja leniente em relação a quebras contratuais acabaria por fomentar certo tipo de imoralidade. Uma cultura jurídica assim, diz Shiffrin, deveria ser resistida por

¹⁶O *locus classicus* de discussão sobre ressentimento, culpa e falta de consideração (*ill will*) é o artigo de P.F. Strawson, 'Freedom and Resentment' (Strawson, 2008).

pessoas moralmente decentes (Shiffrin, 2007, p. 737-753)¹⁷. Em outras palavras, para Shiffrin, o direito contratual presta um desserviço à moralidade quando incentiva práticas como a quebra eficiente de contratos.

É importante perceber uma diferença argumentativa em relação a Shavell aqui. Imagine a seguinte resolução para o caso da encanadora. Suponha que ela o tenha indenizado completamente, inclusive pelo tempo que você perdeu por causa dela. Não houve um centavo de prejuízo para você. Admitidamente, diz Shavell, isso não é comum. No entanto, para o autor, em um cenário desses, você não teria arcado com qualquer espécie de dano e a moralidade estaria satisfeita (Shavell, 2009, p. 1575). A ênfase do argumento é menos na economia emocional dos agentes e mais nos estados de coisas que encontramos no mundo após as transações relevantes (Shavell, 2009, p. 1580). Shiffrin, por outro lado, parece enfatizar precisamente a economia emocional das partes envolvidas. Mesmo nessa situação de indenização completa, *ainda faz sentido que a parte lesada se ressinta* da parte que a lesou. Muitas vezes, em relações interpessoais, não basta jogar dinheiro para a parte lesada, esperando que tudo volte ao normal. Em termos hiperbólicos: você não pode comprar a sua inocência de volta (voltaremos a esse ponto mais tarde). Vale a pena trazer uma citação relativamente longa da autora:

Por que o ressentimento persistiria? Duvido que seja apenas inércia emocional. Quando a encanadora opta por não comparecer (sem consultar você para obter sua permissão ou liberação) porque outro trabalho é mais urgente ou inacabado ou paga melhor, mesmo que nos entreguemos à fantasia de que a encanadora compensaria você pelo seu tempo e irritação, ela ainda tomou uma decisão por você sobre como *seu* tempo, atenção e trabalho devem ser utilizados. Alguém pode exagerar o ponto ao dizer que ela fez de você um funcionário involuntário dela. Ela usurpou a sua capacidade de tomar decisões independentes e voluntárias sobre o uso e a forma do seu tempo, atenção e trabalho (Shiffrin, 2009, p. 1564, tradução própria)¹⁸.

As críticas de Shiffrin, caso aceitas, introduzem uma importante qualificação em nossa pergunta normativa (é possível justificar moralmente as indenizações punitivas por quebra contratual?). Certos tipos de quebra contratual (mas não todos¹⁹) podem ter um caráter de imoralidade que justificaria a aplicação de indenizações punitivas, isso porque ausentes essas indenizações, poderíamos ter uma situação na qual o direito fomentaria

¹⁷ Ver Fried (2007) para comentários adicionais sobre a proposta de Shiffrin.

¹⁸ Original: “Why would resentment persist? I doubt it’s merely emotional inertia. When the plumber opts not to show (without consulting you to gain your permission or waiver) because another job is more urgent or unfinished or pays better, even if we indulge the fantasy that the plumber would compensate you for your time and irritation, she has still made a decision for you about how *your* time, attention, and labor must be devoted. One might exaggerate the point by saying she has made you an involuntary employee of hers. She has usurped your ability to make independent, voluntary decisions about the use and form of your time, attention, and labor”.

¹⁹ Shiffrin é explícita em dizer que não está argumentando contra toda e qualquer quebra contratual. Ver Shiffrin (2009, p. 1551-1552).

condutas imorais (nas relações entre partes). Importa perceber que Shiffrin não está dizendo que o direito deve impor algum código moral específico, mas antes, que “o conteúdo do direito deve ser compatível com as condições necessárias para a agência moral florescer (*flourish*)” (Shiffrin, 2007, p. 710, tradução própria)²⁰. Um sistema jurídico que permite que certos indivíduos tratem outros como instrumentos para seus fins joga contra as condições necessárias para o fomento da agência individual.

As relações que os argumentos de Shavell e Shiffrin têm com a doutrina e a prática jurídica são bastante complicadas. Por um lado, pelo menos em algumas jurisdições (por exemplo, o direito contratual inglês), a opinião defendida pela esmagadora maioria dos juízes e advogados é no sentido de que os contratos estabelecem uma obrigação *primária* de cumprir o contrato e uma obrigação *secundária* de pagar indenizações em caso de quebra contratual, quando a obrigação primária não é cumprida (conforme vimos no início do artigo). Dada essa estrutura doutrinária, uma afirmação como a de Shiffrin é presumivelmente orientada para reformas no direito contratual, embora a sua percepção da fenomenologia da quebra contratual seja bastante aguçada e capture algo verdadeiro sobre pessoas de carne e osso lidando com encanadores enrolados. Os argumentos de Shavell, por outro lado, podem ser mais fáceis de digerir para juízes e advogados em um primeiro momento (o jurista tem o mau hábito de se deixar seduzir facilmente por argumentos menos “subjativos”, ainda que ele mesmo não saiba o que isso significa), porém o contratualismo hipotético é abstrato demais para fornecer diretrizes mais concretas. No final das contas, parece-me que ambas as linhas argumentativas tentam simultaneamente capturar aspectos relevantes da prática jurídica e propor ideais normativos para ela²¹.

6 DE VOLTA À METODOLOGIA

As duas seções anteriores mapearam a discussão entre Shiffrin e Shavell, tomando como fio condutor a pergunta normativa que elaboramos na segunda seção do artigo. Podemos sintetizar o exposto acima nos seguintes termos: as teorias almejam tanto *explicar aspectos paradigmáticos*²² do direito contratual quanto *propor ideais normativos* para sua eventual reforma. Essa “dupla natureza” das teorias torna muito difícil (ou mesmo impossível) argumentar de maneira definitiva contra qualquer uma delas²³. Para compreender esse ponto, pense no seguinte exemplo esquemático que compara duas teorias desse tipo:

²⁰ Original: “[...] the law’s content should be compatible with the conditions necessary for moral agency to flourish”.

²¹ A dificuldade na possibilidade de se arbitrar entre diferentes teorias explica o tom algo pessimista que, às vezes, autores na área possuem. Ver, por exemplo, Benson (2010).

²² Meu uso dos termos “paradigmas” e “paradigmáticos” segue o uso feito por Dworkin (1986, p. 72-73).

²³ Um ponto observado pela própria Shiffrin (2012, p. 249).

A *Teoria A* é capaz de explicar adequadamente os elementos paradigmáticos (1), (2) e (3) do direito contratual, ao passo que recomenda reformas dos paradigmas (4) e (5).

A *Teoria B* explica adequadamente (4), (5) e (1), recomendando reforma de (2) e (3).

Como optar entre essas duas teorias? Importa perceber também que não é possível resolver a disputa ao tentar identificar qual teoria explica o maior número de elementos paradigmáticos possíveis. Isso por duas razões. Em primeiro lugar, um determinado elemento paradigmático, digamos (2), pode ser muito mais central e demandar uma explicação muito mais convincente do que os demais. Assim, uma teoria que explique (1), (3), (4) e (5), mas não (2) teria boas razões para ser rejeitada. Em segundo lugar, a importância de um determinado elemento paradigmático é ela mesma dependente das teorias que utilizamos para descrever o fenômeno observado. Para dar um exemplo simplista disso, uma teoria marxista ou crítica do direito contratual enfatizaria a desigualdade inerente em boa parte das práticas contratuais, em detrimento de aspectos mais “internos” do direito contratual. A importância de determinado paradigma é relativa, portanto, à própria teoria que utilizamos.

Neste ponto, é necessário voltarmos à discussão mais metodológica da segunda seção. Ao fim da segunda seção, sugeri que precisamos de princípios de moralidade política para organizarmos o direito. A sugestão, na verdade, é um pouco mais radical do que parece à primeira vista. A discussão acima mostra que existe certa flexibilidade na seleção e na interpretação dos próprios elementos paradigmáticos da prática que pretendemos explicar. Isso significa que, a depender de nossas interpretações, nós construímos a prática de maneiras distintas. Em outras palavras, não existe um objeto no mundo chamado “direito contratual” que podemos todos observar e descrever de maneira neutra. Caso existisse tal objeto, as disputas entre as teorias do direito contratual seriam disputas sobre qual teoria é capaz de descrever esse objeto da melhor maneira possível. Presumivelmente, isso ocorre nas ciências naturais, quando um físico conclui que a física newtoniana é superior à física aristotélica. Evidentemente, os paradigmas exercem um peso importante, uma teoria que simplesmente desconsidere todos os paradigmas ou a maior parte deles sem uma justificativa plausível é uma má teoria. No entanto, quando falamos de práticas sociais complexas como o direito contratual, existe uma margem considerável para excluir certos paradigmas a partir da interpretação que fazemos²⁴.

A consequência do que foi dito é que construímos o direito contratual a partir da interpretação que dele fazemos, e, levando-se em consideração o que foi dito na segunda seção, esse exercício de construção teórica depende de valores de moralidade política. Isso significa que optar entre as teorias de Shavell e Shiffrin – para ficarmos com nossos dois

²⁴ Aqui estou seguindo de maneira relativamente próxima o método interpretativo de Dworkin (1986, p. 49-73).

interlocutores privilegiados – vai depender da melhor construção que conseguirmos fazer a partir dos valores de moralidade política que entendemos fundamentar o direito contratual. *Em outras palavras, argumentar a favor ou contra determinada teoria do direito contratual (com seus potenciais descritivos e recomendações de reforma do direito) é um exercício de filosofia moral e política.* Essa percepção é, acredito eu, a maior contribuição do presente artigo.

Trata-se de uma contribuição, porém, que demanda uma importante qualificação. Nesta seção, ainda que tenha apontado para o caráter moral ou político de teorias do direito contratual, tratei essas teorias como abrangentes no sentido de serem teorias de *todo* o direito contratual. Em outras palavras, como teorias que pretenderiam explicar o contrato de seu nascimento ao seu (in)adimplemento e extinção. Não é necessário que seja assim. Em sua discussão sobre a justificação da punição criminal, H.L.A. Hart faz o seguinte comentário:

(...) em relação a qualquer instituição social, depois de declarar qual objetivo geral ou valor sua manutenção promove, nós deveríamos investigar se existem quaisquer princípios limitando a busca incondicional desse objetivo ou valor e em caso positivo quais seriam. (...) nossas principais instituições sociais sempre possuem uma pluralidade de características que podem apenas ser compreendidas como uma concessão entre princípios parcialmente discrepantes (Hart, 2008, p. 10, tradução própria)²⁵.

O ponto de Hart é o de que, quando estudamos instituições sociais complexas, como a punição criminal ou responsabilidade civil (*torts*), estamos diante de instituições que podem ter características centrais que são justificadas por princípios distintos. Certos elementos da responsabilidade civil, por exemplo, podem ser justificados por considerações de justiça retributiva, e outros por considerações de justiça distributiva²⁶.

O próprio Hart fornece um exemplo de situação semelhante no direito contratual: ao mesmo tempo em que o direito contratual fornece aos indivíduos ferramentas para promoverem alterações em sua situação jurídica, ele também tem regras que, de alguma forma, restringem o conteúdo do contrato (por exemplo, regras sobre o “sentido objetivo” dos termos presentes no contrato) (Hart, 2008, p. 10-11). Presumivelmente, considerações sobre autonomia privada justificariam a regra geral, e considerações sobre justiça comutativa justificariam a limitação. O direito contratual brasileiro fornece um exemplo ainda mais claro, no já mencionado art. 421 do Código Civil. Em seu *caput*, o artigo estabelece que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do

²⁵ Original: “[...] in relation to any social institution, after stating what general aim or value its maintenance fosters we should enquire whether there are any and if so what principles limiting the unqualified pursuit of that aim or value. [...] our main social institutions always possess a plurality of features which can only be understood as a compromise between partly discrepant principles”. Essa mesma citação serve como ponto de partida para a análise que Tony Honoré faz da responsabilidade civil (*tort*) em Honoré (1999b).

²⁶ Sobre isso, ver Honoré (1999b).

contrato”, já em seu parágrafo único, diz que “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Nesses dispositivos, podemos ver claramente “princípios parcialmente discrepantes”, para retomar a expressão de Hart. Presumivelmente, a função social do contrato pode pesar em favor de revisões mais robustas de seu conteúdo, contrariando o princípio da intervenção mínima.

Disso decorre que áreas complexas do direito, como é o caso do direito contratual, podem ser compreendidas a partir de um conjunto de teorias ou justificações, mas – é importante destacar – essas diferentes teorias ou justificações *não respondem todas à mesma pergunta*. Eis como o próprio Hart explica esse ponto, no tocante à punição criminal: “o que é necessário é a percepção de que diferentes princípios (cada um deles poderia em certo sentido ser chamado de ‘justificação’) são relevantes em pontos distintos em qualquer teoria da punição que seja moralmente aceitável” (Hart, 2008, p. 3, tradução própria)²⁷.

Colocando o argumento em termos mais gerais, a depender da pergunta mais específica que fazemos em relação à determinada instituição, podemos ter diferentes justificações. Por exemplo, a pergunta “qual o valor ou justificação moral dos contratos?” pode demandar respostas em termos de princípios distintos da pergunta “qual a forma legítima de se interpretar disposições contratuais?”. O *insight* de Hart aqui é o mesmo que aparece no primeiro capítulo de seu texto mais famoso, *O Conceito de Direito*: devemos abandonar a busca por respostas para questões excessivamente abstratas (questões como “o que é o direito?”) porque tentar responder a questões assim nos levaria a distorcer o fenômeno que desejamos compreender (Hart, 2007, p. 5-22)²⁸. O análogo em nossa atual discussão seria a pergunta “o que é o direito contratual?”.

Feita essa importante qualificação, porém, o leitor atento perceberá que não discuti, na maior parte do artigo, nenhuma questão desse tipo. Ao contrário, ao longo da segunda seção, busquei refinar a pergunta normativa. A questão a que cheguei foi “é possível justificar moralmente as indenizações punitivas por quebra contratual?”. Uma pergunta nesses termos pode encontrar uma resposta, ainda que controversa. Na seção seguinte, vou *sugerir* uma possibilidade, baseada em nossas práticas de responsabilidade.

7 PRÁTICAS DE RESPONSABILIDADE E DIREITO CONTRATUAL

A sugestão que gostaria de fazer é a de que nossas práticas de responsabilização (em geral, não apenas no direito) fornecem uma pista importante para respondermos à pergunta normativa. Isso porque práticas de responsabilidade fazem parte daquilo que

²⁷ Original: “What is needed is the realization that different principles (each of which may in a sense be called a ‘justification’) are relevant at different points in any morally acceptable account of punishment”.

²⁸ Ver também Bix (2020, p. 26-28).

nos constitui enquanto agentes no mundo²⁹. Explicarei o que isso quer dizer, mas antes disso, para situar melhor minha sugestão, gostaria de introduzir algumas ideias básicas sobre responsabilidade civil extracontratual. Essas ideias nos fornecerão uma pista importante adiante.

A regra geral, na maioria dos sistemas jurídicos, é a de que a responsabilização civil enseja o pagamento de indenização (ver, por exemplo, o exposto nos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil de 2002). Em outras palavras, caso eu pratique um ilícito civil, fico obrigado a indenizar a pessoa que foi prejudicada por essa minha conduta. Indenizar *em que quantia*? No direito brasileiro, o artigo 944 do Código Civil estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, ou seja, quanto maior o dano, maior o valor da indenização. Diretriz semelhante aparece nos sistemas de *common law*, com a ideia de *compensatory damages* (também chamados de *actual damages*). Trata-se de indenização que tem como objetivo colocar a parte lesada em situação o mais próxima possível da qual ela estava antes da lesão³⁰.

No entanto, dispositivos como os apresentados acima não são capazes de lidar com o seguinte tipo de situação: pode ocorrer de uma pessoa, A, sofrer danos sérios por causa do ato ilícito de outra pessoa, B. B é demandado em juízo e paga a indenização devida. Ocorre que o dano sofrido por A impactou sua vida de maneira drástica, colocou-a de “pernas para o ar”, como se diz. B, por outro lado, é muito rico, e o pagamento da indenização é percebido por ele como “troco de pinga”. O valor pago na indenização não vai afetar em nada o bom sono de B. Em situações desse tipo, ainda que, de fato, A tenha sido colocado na exata posição financeira em que se encontrava antes de sofrer o dano, parece permanecer um resquício de injustiça, muito semelhante ao que vimos na discussão do trabalho de Shiffrin. A mensagem que o direito pode acabar passando é a de que pessoas podem, sim, cometer atos ilícitos e causar danos aos seus concidadãos, basta terem dinheiro para arcar com os custos³¹.

Diferentes sistemas jurídicos enfrentam esse problema de diferentes maneiras. Os Estados Unidos, por exemplo, entendem que cabem *punitive damages*, além dos *compensatory damages*, em casos nos quais a conduta do réu é considerada especialmente gravosa. A vítima receberia, portanto, duas indenizações distintas em fundamento. No direito brasileiro, tem crescido o uso de formas de reparação não pecuniária para danos morais. Eis o que diz o Enunciado 589 da VII Jornada de Direito Civil: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio”³². Quando, por

²⁹ Minha sugestão é baseada nos trabalhos de Raz (2011), Honoré (1999a) e Williams (1993, 1995).

³⁰ Sobre isso, ver o tradicional caso *Livingstone v Rauryards Coal Co* (Reino Unido, 1880).

³¹ Trata-se de ponto observado pela doutrina. Ver, por exemplo, Schreiber (2023, p. 688-693).

³² Ver, como exemplo de discussão sobre o assunto na doutrina brasileira, Schreiber (2011).

exemplo, eu obrigo a pessoa que me causou danos a retratar-se, seja de maneira pública ou privada, eu a obrigo a *olhar para mim*, a prestar atenção no ser humano que ela lesou.

Independentemente de serem bem-sucedidas ou não, ideias como *punitive damages* para atos ilícitos particularmente graves e formas não pecuniárias de reparação por dano moral apontam ambas para a necessidade de que haja uma *resposta de fato* da parte da pessoa que causou o dano, e não apenas uma transação financeira. Em grande medida, é isso que significa *ser responsável*: minha ação causou um determinado estado de coisas no mundo que – intencionalmente ou não – trouxe danos a outras pessoas e agora cabe a mim fazer algo em relação a isso (Williams, 1993, p. 50-74)³³. Ser um agente no mundo significa responder pelas mudanças que ocorrem no mundo por minha causa. Não posso *comprar* um passe-livre para fora dessa rede de responsabilização. Tal possibilidade significaria que eu mesmo não poderia responsabilizar os outros desde que eles também tenham comprado os seus passes. Implicaria dizer para os demais e ouvir dos demais: “desde que você tenha dinheiro suficiente, você não precisa *olhar para mim* / desde que eu tenha dinheiro suficiente, eu não preciso *olhar para você*”.

Em meus últimos parágrafos, fiz uma série de sugestões sobre nossas práticas de responsabilidade. Caso esteja correto em minhas sugestões, elas têm relevância para a pergunta normativa inicial, “é possível justificar moralmente as indenizações punitivas por quebra contratual?”. *Parece que sim*. Isso porque indenizações punitivas no direito contratual podem desempenhar uma função semelhante àquela desempenhada por indenizações punitivas na responsabilização civil e por formas de reparação não pecuniária de danos morais, ou seja, elas funcionariam como uma forma de fazer a parte que agiu de maneira irresponsável *responder* por isso. Indenizações punitivas no direito contratual têm o potencial de fazer a parte que quebrou o contrato *olhar* para a parte que foi deixada para trás. Elas fazem jus às nossas práticas de responsabilização em outras áreas do direito e na vida em geral.

A linguagem do parágrafo anterior é bastante qualificada, e por boas razões. Em primeiro lugar, dizer que indenizações punitivas podem ser justificadas não significa dizer que elas são justificadas em todos os casos. É necessário um exame mais minucioso. Em segundo lugar, agentes guiados (unicamente, majoritariamente) por considerações econômicas podem muito bem aprender a levar em consideração os valores de indenizações punitivas em seus negócios. No longo prazo, isso provavelmente esvaziaria o significado desse tipo de indenização, convertendo as indenizações punitivas em mais uma mera externalidade. Em todo caso, foge ao meu escopo aqui enfrentar todos esses problemas. Meu objetivo nesta seção foi de indicar uma possível resposta à pergunta normativa, a partir de considerações sobre nossas práticas de responsabilidade.

³³ Ver também Villey (2005).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo cobriu bastante chão, de noções de dogmática do direito privado a considerações de metodologia da teoria do direito a argumentos sobre a ideia mesma de responsabilidade. Essa transversalidade foi intencional: ela demonstra como o direito contratual é um campo fértil para a reflexão filosófica em um sentido bastante relevante, de que a própria construção dos conceitos centrais do direito contratual depende de tomadas de posição em debates filosóficos profundos. Em especial, busquei argumentar que nossas práticas de responsabilidade, na vida e em outras áreas do direito, chamam a atenção do direito contratual para aqueles que são deixados para trás. No direito contratual, como em tantas outras áreas, vale a lição de Simone Weil: a prática da justiça é um constante exercício de *atenção*.

REFERÊNCIAS

- BENSON, Peter. Contract. In: PATTERSON, Dennis (org.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2. ed. Chichester: Willey-Blackwell, 2010. p. 29-63.
- BIX, Brian. **Contract Law: rules, theory, and context**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BIX, Brian. **Teoria do Direito: fundamentos e contextos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- DANTO, Arthur C. **The Transfiguration of the Common Place: a philosophy of art**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Bloomsbury, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FRIED, Charles. The Convergence of Contract and Promise. **Harvard Law Review Forum**, [s. l.], v. 120, p. 1-9, 2007.
- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, H. L. A. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: HART, H.L.A. **Punishment and Responsibility**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HONORÉ, Tony. **Responsibility and Fault**. Oxford: Hart Publishing, 1999a.

HONORÉ, Tony. The Morality of Tort Law: Questions and Answers. In: HONORÉ, Tony. **Responsibility and Fault**. Oxford: Hart Publishing, 1999b.

MURATA, Daniel Peixoto. **Reason, Respect, and the Law: Bernard Williams and Legal Normativity**. 2022. Tese (Doutorado) – University of Surrey, Guildford, Surrey, Reino Unido, 2022.

NYE, Hillary. Does Law ‘Exist’? Eliminativism in Legal Philosophy. **Washington University Jurisprudence Review**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 29-78, 2022.

RAZ, Joseph. **From Normativity to Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

REINO UNIDO. Court of Appeal. **Anglia Television Ltd v Reed**. 1972. 1 QB 60.

Disponível em:

https://www.iclr.co.uk/document/1971000131/casereport_53893/html. Acesso em: 10 jul. 2024.

REINO UNIDO. Court of Exchequer Chamber. **Robinson v Harman**. 1 Ex Rep 850, 154 ER 363. 1848. Disponível em: https://www.trans-lex.org/382500/_/robinson-v-harman%C2%A0-1-exch-850/. Acesso em: 10 jul. 2024.

REINO UNIDO. House of Lords. **Addis v Gramophone Co Ltd**. 1909. UKHL 1.

Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1909/1.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

REINO UNIDO. House of Lords. **Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd**. 1997a. UKHL 17. Disponível em:

<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/17.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

REINO UNIDO. House of Lords. **Livingstone v Rawyards Coal Co**. 1880. 5 App Cas 25. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1880/3.html>. Acesso em: 10 jul. 2024.

REINO UNIDO. House of Lords. **Malik and Mahmud v Bank of Credit and Commerce International SA**. 1997b. UKHL 23. Disponível em:

<https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970612/malik01.htm>. Acesso em: 10 jul. 2024.

SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?. **Emory Law Journal**, [s. l.], v. 56, n. 2, p. 439-460, 2006.

SHAVELL, Steven. Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts. **Michigan Law Review**, [s. l.], v. 107, n. 8, p. 1569-1582, June 2009.

SHIFFRIN, Seana V. "Could" Breach of Contract Be Immoral. **Michigan Law Review**, [s. l.], v. 107, n. 8, p. 1551-1568, June 2009.

SHIFFRIN, Seana. Is Contract a Promise? In: MARMOR, Andrei (org.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. London: Routledge, 2012.

SHIFFRIN, Seana V. The Divergence of Contract and Promise. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 120, n. 3, p. 708-753, Jan. 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

SCHREIBER, Anderson. Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

STRAWSON, P. F. Freedom and Resentment. In: STRAWSON, P. F. **Freedom and Resentment and other essays**. London: Routledge, 2008.

VILLEY, Michel. Esboço Histórico sobre o Termo Responsável. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, 2005.

WEBER, Max. **Economy and Society: an outline of interpretive sociology**. Berkeley: University of California Press, 1978.

WILLIAMS, Bernard. **Shame and Necessity**. Los Angeles: University of California Press, 1993.

WILLIAMS, Bernard. Voluntary Acts and Responsible Agents. In: WILLIAMS, Bernard. **Making Sense of Humanity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Como citar este documento:

MURATA, Daniel Peixoto. Da filosofia moral ao direito contratual: considerações sobre metodologia e responsabilidade. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 23, n. 43, p. 128-151, maio/ago. 2025. DOI: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v23i43.p128-151.2025>. Disponível em: link do artigo. Acesso em: xxxx.