

## ***Punitive damages e boa-fé contratual: o dano contratual no formalismo jurídico de Ernest Weinrib***

João Daniel Macedo de SÁ\*

Bruno Lucas Silva ACÁCIO\*\*

**RESUMO:** Este artigo busca trazer luz ao polêmico instituto anglo-saxão dos *punitive damages*, indenizações de caráter, discutivelmente, não compensatório, concedidas diante de condutas do alto grau de reprovação que sairiam impunes de outra forma. Embora tal discussão ocorra acima de tudo no âmbito da responsabilidade civil, a aplicação deste instituto no caso de dano contratual e sua relação com a boa-fé construída pela doutrina e legislação brasileiras é o objetivo deste estudo. Para as finalidades da proposta, adotou-se como base a concepção de Direito Privado desenvolvida pelo jurista canadense Ernest Weinrib, porém, também se abordando outras vertentes. Chegou-se à conclusão que, por conta dos deveres anexos trazidos pela boa-fé objetiva, a aplicação de indenizações punitivas por dano contratual no direito brasileiro se mostra menos controversa do que a princípio se poderia supor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Indenização punitiva; responsabilidade civil contratual; boa-fé; formalismo jurídico.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Direito e contrato em Weinrib; – 2.1. Sobre o formalismo jurídico; – 2.2. A ideia de contrato em Weinrib; – 3. *Punitive damages* e direito privado; – 4. A boa-fé contratual no direito brasileiro diante das indenizações punitivas; – 5. Conclusão; – Referências.

**TITLE:** *Damages and Contractual Good Faith: Contractual Damage in Ernest Weinrib's Legal Formalism*

**ABSTRACT:** *This paper intends to bring to light the polemic remedy of punitive damages, awards of, arguably, non compensatory content, given in face of highly reprehensibly acts that would remain otherwise unpunished. Although such debate occurs mainly in tort law, the use of this remedy in case of contractual damage and its relation to good faith developed by Brazilian academics and jurisprudence is the goal of this study. To this intention's objectives, we adopted the private law conception developed by the Canadian jurist Ernest Weinrib, yet also addressing other theories. We came to the conclusion that, because of the attached duties brought by the objective good faith, the use of punitive damages for contractual damages in Brazilian law has proved less controversial than one may initially suppose.*

**KEYWORDS:** *Punitive damages; contractual damages; good faith; legal formalism.*

**CONTENTS:** 1. Introduction; – 2. Law and Contract in Weinrib; – 2.1. On Legal Formalism; – 2.2. The idea of contract in Weinrib; – 3. Punitive Damages and Private Law; – 4. The good-faith in Brazilian law in face of punitive damages; – 5. Conclusion; – References.

### **1. Introdução**

O desenvolvimento de uma refinada teoria das obrigações é a obra-prima que a legislação romana legou ao ocidente e se manifesta de modo contratual ou extracontratual. Todas

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor adjunto da Universidade Federal do Pará.

\*\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará.

as obrigações nascem com o objetivo de se extinguirem, de preferência, com seu correto adimplemento. Entretanto, a experiência jurídica está ciente de que nem sempre este desenrolar será como o previsto: o inadimplemento da obrigação é o que o enseja seu instituto jurídico, ou seja, uma forma para que a prestação avençada se concretize por força do império do direito. Os danos passíveis de indenização sofreram mutação ao longo dos séculos e, um direito privado essencialmente patrimonialista deu espaço a outro preocupado com a dignidade da pessoa humana. Uma dessas mudanças mais recentes ocorre com o surgimento dos *punitive damages*.

A segunda metade do século presenciou um forte renascimento das discussões filosóficas do direito privado. Isto ocorre principalmente como reação à assim chamada Análise Econômica do Direito, a qual concebe que “os argumentos sobre a eficiência econômica servem para avaliar os impactos das normas de direito privado em relação ao valor eficiência e ajudam a compreender, através da análise dos incentivos, os impactos de certas normas e políticas públicas na busca de bens sociais”.<sup>1</sup> Contra esta visão puramente matemática do direito privado, caracterizada famosamente pela Fórmula de Hand, juristas buscam novas formas de compreender as relações de justiça intrínsecas a este sistema.

A teoria da justiça moderna tem como fonte, fundamentalmente, a ética de Aristóteles e sua paradigmática divisão das justiças entre distributiva e corretiva (ou comutativa), ambas baseadas na premissa da justiça como igualdade.<sup>2</sup> Entretanto, enquanto a primeira se voltaria às relações públicas, a segunda buscar manter e corrigir a igualdade entre particulares.

Dentro deste contexto, o jurista canadense Ernest J. Weinrib publica sua paradigmática obra *The Idea of Private Law* em 1995. Trata-se de um monumental esforço de lançar as bases de um completo sistema jusfilosófico de compreensão do direito privado o qual, como celebrenemente afirma, possui como um única função *ser direito privado*. O autor faz duras críticas ao pensamento funcionalista, o qual afirma onerar o direito privado com funções completamente estranhas à sua natureza. Poucos pensadores tanto contribuíram ao desenvolvimento teórico do direito privado nas últimas décadas; igualmente poucos o fizeram de maneira tão controversa e dissonante da doutrina majoritária. Faremos uso de seu arcabouço jurídico para delimitar as principais linhas

---

<sup>1</sup> DRESCH, Rafael Valle. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.

<sup>2</sup> ENGLARD, Izhak. *Corrective and Distributive Justice: from Aristotle to modern times*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

deste ramo do direito sem se ater, todavia, completamente às suas proposições contratuais.

Desse modo, a discussão do tema é importante não só no âmbito da *common law*, mas no direito como um todo, uma vez ser a continuidade de uma doutrina milenar. Dentro desse contexto, a teoria de Ernest Weinrib possui um espaço fundamental. Sua preocupação em construir um sistema teórico coeso ao direito privado traz frutíferas explicações à problemática do dano contratual: de forma simples mas ao mesmo tempo sofisticada, a proposta de relação bipolar entre autor e réu, somada à carga normativa kantiana e a coerência interna do direito privado, o autor desenvolve um sólido aparato interpretativo da teoria contratual.

Ainda, de acordo com o teórico do contrato James Gordley,<sup>3</sup> se por um lado é consenso que toda construção de uma teoria contratual deve levar em consideração a ideia de justiça, por outro, não há consenso acerca de como exatamente o fazer. Já Lee<sup>4</sup> afirma que a mera ideia de punição (justiça corretiva) é um anátema no direito contratual. No Brasil, a situação fica ainda mais complexa diante da constitucionalização do direito civil,<sup>5</sup> por onde cada vez mais se valorizam boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Pela definição de Black “nos casos em que se está provado que um réu agiu dolosa, maliciosa ou fraudulentamente, um autor pode ser indenizado com danos punitivos em adição aos compensatórios ou danos reais”.<sup>6</sup> Os *punitive damages* (também chamados de *exemplary* ou *vindictive damages*), traduzido comumente como indenizações compensatórias, são amplamente discutidos em países da *common law*, onde surgiram, mas ainda encontram pouco ressonância no Brasil. Este instituto, todavia, não deixa ser controverso pelo fato de questionar a secular separação entre direito privado e penal, com o argumento de que somente a esse último caberia a punição. No caso do direito dos contratos a aplicação é ainda mais polêmica por conta da Teoria da Quebra Eficiente (*Theory of Efficient Breach*), a qual considera que a quebra contratual é moralmente neutra e não se podem ser invocados danos que não os presentes no instrumento.<sup>7</sup> Ainda assim, existem outras visões que a contestam.

<sup>3</sup> GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

<sup>4</sup> LEE, Pey-Woan. Contract Damages, Corrective Justice and Punishment. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 6, p. 887-097, 2007.

<sup>5</sup> MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. *Justiça e Contrato: entre comutar e distribuir*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

<sup>6</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. Eagan: West Publishing, 1979, p. 352.

<sup>7</sup> LEE, Pey-Woan. Contract Damages, Corrective Justice and Punishment. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 6, p. 887-097, 2007.

Dividiu-se o trabalho em três momentos: inicialmente investigaremos o formalismo jurídico de Weinrib e como ele se relaciona com os contratos; em seguida analisamos a visão do autor na questão dos *punitive damages* no direito privado; finalmente, fazemos uma exposição crítica do instituto e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. Direito e contrato em Weinrib

### 2.1. Sobre o formalismo jurídico

Uma vez que o conceito de contrato de Weinrib insere-se como parte do próprio conceito de direito privado do autor, é impossível compreendê-lo sem um esboço de sua “ideia” de direito privado. A clássica afirmativa do jurista de que a única “função do direito privado é ser direito privado” igualmente se faz presente aqui. Acima de tudo, é imprescindível entender a relação entre normatividade kantiana e justiça corretiva para a formação, execução e eventual indenização pelo não cumprimento. Para Weinrib, três teses sustentam a ideia de direito privado: uma estrutura teórica (formalismo jurídico), a justiça corretiva de Aristóteles e a normatividade dessa por meio da filosofia do direito kantiana.

Como afirmado no início deste trabalho, o centro da teoria weinribiana se encontra na sua obra *The Idea of Private Law* de 1995, o qual em suas primeiras linhas lança o questionamento acerca de como devemos entender o direito privado.<sup>8</sup> Logo após esta indagação, Weinrib já expõe uma breve visão de seu pensamento: “o direito privado não olha nem para os litigantes individualmente, nem para os interesses da comunidade como um todo, mas sim para a *relação bipolar da responsabilidade*”.<sup>9</sup> Isto reflete sua oposição à visão tradicional dos juristas pautada no funcionalismo, ou seja, o entendimento do direito de acordo com seus propósitos; essa oposição, por sua vez, passou a denominar-se formalismo jurídico.

O formalismo jurídico (*legal formalism*) de Weinrib parte de uma compreensão interna de direito privado. Assim, o direito privado é tanto um *explanandum* (objeto) quanto um *explanans* (um modo) de entendimento. A intenção deste formalismo é poder observar, por meio de determinadas formas e características, onde se manifesta uma relação de

---

<sup>8</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>9</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 2, grifo nosso, tradução nossa.

direito privado. A forma para Weinrib é base unitária garantidora de um caráter à relação privada, de modo que esta possa se diferenciar das demais.<sup>10</sup> Numa frase, Weinrib afirma que o formalismo determina a diferença entre o mundo jurídico e mundo político.<sup>11</sup>

A segunda tese apontada por Weinrib é a “justiça corretiva de Aristóteles como a estrutura unificadora que provê ao direito privado relações iminentemente inteligíveis”.<sup>12</sup> Para o jurista, a justiça corretiva é a tal ponto característica do direito privado que se torna a diferença categórica entre direito privado e outros ordenamentos jurídicos. O conceito de justiça aristotélico parte de uma ideia de igualdade, a qual é alcançada dando “cada um o que é seu”; o “seu”, todavia, possui natureza diferente na justiça corretiva e distributiva.<sup>13</sup> A injustiça aparece quando há excesso ou deficiência destes. Assim, a justiça distributiva leva em conta os méritos dos participantes para dividir tanto benefício quanto ônus.<sup>14</sup> Por outro lado, a justiça corretiva “manifesta a manutenção e restauração da noção de igualdade com a qual ambas as partes entram a transação”.<sup>15</sup> Essa restauração ocorre quando uma das partes ocasiona desequilíbrio à situação antes posta, de modo que percebe um ganho enquanto a outra uma perda.

Justiça corretiva e distributiva ainda se diferenciam num conceito chave para Weinrib. A segunda, ao invés de relacionar uma parte a outra como autor e vítima, “liga todas as partes pelo benefício ou ônus que elas compartilham”.<sup>16</sup> Já a justiça corretiva, por sua vez, coloca autor e vítima como polos passivos e ativos da mesma injustiça, sendo o espelho uma da outra. Trata-se da ideia de correlatividade do ilícito. Ela é característica de responsabilidade jurídica entre as partes, sendo cada uma dessas posições inteligíveis somente sob a luz da outra. “Ao considerar o réu responsável para com o autor”, conclui Weinrib, “o tribunal não está fazendo dois julgamentos separados (um que indeniza algo ao autor e outro que coincidentemente toma a mesma coisa do réu) mas um único julgamento que abarca ambas as partes na interrelação delas”.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> DRESCH, Rafael Valle. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>11</sup> WEINRIB, Ernest J. Legal Formalism: on the immanent rationality of law. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 6, p. 949-1016, 1988.

<sup>12</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 19.

<sup>13</sup> BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2019.

<sup>14</sup> Distributive justice divides a benefit or burden in accordance with some criterion that compares the relative merits of the participants. Distributive justice, therefore, embodies a proportional equality, in which all participants in the distribution receive their shares according to their respective merits under the criterion in question (WEINRIB, Ernest J. Corrective Justice in a Nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, v. 52, n. 4. p. 349-356, 2002, p. 349).

<sup>15</sup> WEINRIB, Ernest J. Corrective Justice in a Nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, v. 52, n. 4. p. 349-356, 2002, p. 349.

<sup>16</sup> WEINRIB, Ernest J. Corrective Justice in a Nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, v. 52, n. 4. p. 349-356, 2002, p. 351.

<sup>17</sup> WEINRIB, Ernest J. Corrective Justice in a Nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, v. 52, n. 4. p. 349-356, 2002, p. 351.

Apesar da fundamental importância da justiça corretiva de Aristóteles para a compreensão do direito privado, Weinrib reconhece que exposição de Aristóteles é “seriamente incompleta”<sup>18</sup>. Essa lacuna ocorria porque Aristóteles apresentaria a justiça corretiva como uma igualdade transacional, mas não afirma de que igualdade ela se trataria. A fim de preenchê-la, Weinrib relaciona a justiça corretiva aristotélica à filosofia do direito de Immanuel Kant, o que forma sua terceira e última tese formadora do direito privado. Tal tese kantiana é fundamental tanto para seu desiderato de coerência do direito privado quanto para uso da justiça corretiva como a mais apropriada neste sistema; além de, naturalmente, dar base à sua concepção de direito contratual que veremos abaixo. Não obstante a enorme influência da filosofia kantiana no direito moderno, relacionar seu pressupostos metafísicos com as interações de direito privado não é tarefa fácil.

Weinrib realizou primeira vez essa aproximação num trabalho de 1987 intitulado *Law as a Kantian Idea of Reason* (O Direito como uma Ideia kantiana de Razão); logo no começo da exposição, o autor considera Kant como o maior expositor do conceito de direito, a ponto de afirmar sermos todos seus herdeiros.<sup>19</sup>

Kant diferencia a ética, uma ação baseada pela visão interna ao autor, da esfera da legalidade, que compreende as relações externas de uma pessoa. Assim, o direito seria o conjunto de condições sob as quais a escolha livre de alguém pode ser unida com a liberdade de escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade.<sup>20</sup>

O filósofo, na sua obra importantíssima à teoria do direito *A Metafísica dos Costumes* (*Die Metaphysik der Sitten*),<sup>21</sup> aponta três características da obrigação. Verifica-se nela uma obrigação jurídica quando: i) as condutas das partes possuem influência uma sobre a outra por meio de ações (*Facta*); ii) a escolha (*Willkür*) da parte não se relaciona com a vontade (*Wunsch*) do outro, mas somente com a escolha deste, isto é, somente se leva em conta manifestações externas, longe da subjetividade de cada indivíduo; iii) por fim, é irrelevante a matéria da escolha, os objetivos e intenções que a ocasionaram, bastando

<sup>18</sup> Despite his achievement, however, Aristotle's exposition, like all great pioneer efforts, is seriously incomplete. Aristotle presents corrective justice as a transactional equality, but he does not tell us what the equality is an equality of (WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 57).

<sup>19</sup> WEINRIB, Ernest J. *Law as a Kantian Idea of Reason*. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987, p. 472.

<sup>20</sup> WEINRIB, Ernest J. *Law as a Kantian Idea of Reason*. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Korpora.org: Duisburg-Essen, 1797. Disponível em: <<https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa06/Inhalt6.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 230.

que as escolhas correlativas possam ser consideradas livres. Essas três condições, da visão de Weinrib, se movem em direção a uma noção pura da ação externa, pois auxiliam a remover qualquer fenômeno que não possuem lugar neste contexto.<sup>22</sup>

A primeira asserção relaciona o conceito de direito a relação externas e práticas, de forma que o escopo de atuação do direito se localiza entre a volição e seus efeitos externos.<sup>23</sup>

Já a segunda elimina o mero desejo como relevante ao conceito de direito, pois não possui lugar no mundo das relações externas. A ação de ser caridoso a alguém necessitado, por exemplo, encontra-se dentro do nível ético (interno) do autor; algo que Kant deveras afirma ser um dever moral, mas não que não possui repercussões jurídicas. Como não tem repercussão jurídica e existência externa, não se pode ser criada obrigação jurídica em relação ao autor; pois a relação do direito ocorre entre duas escolhas livres de indivíduos, não entre uma escolha outro desejo.

Por fim, a terceira asserção afirma que o livre arbítrio não se importa com os propósitos de cada autor, pois são de significância interna. O que de fato é relevante ao direito não é “o objeto específico que o livre arbítrio está tentando obter, mas somente que é uma escolha livre que busca obtê-lo”.<sup>24</sup> Assim, no centro da ideia de direito Kantiana está a relação entre vontades que são livres.

Weinrib retoma a aproximação da filosofia do direito kantiana em seu *magnum opus* de 1995. Em *A Ideia de Direito Privado*, o autor nos traz que por conta “das implicações conceituais do livre arbítrio, as interações de seres intencionados estão inevitavelmente sujeitas aos requisitos da justiça corretiva”.<sup>25</sup> A partir deste ponto, Weinrib inicia sua ambição de entrelaçar a filosofia de Kant com a justiça corretiva, pois “o direito privado se torna uma realidade normativa quando esses requerimentos assumem a forma de um sistema publicamente confiável”.<sup>26</sup>

Tal junção entre os dois pensamentos, somados ao conceito weinribiano fundamental da “bipolaridade”, ocorre de forma explícita na ideia de “correlatividade”. Para melhor

---

<sup>22</sup> WEINRIB, Ernest J. Law as a Kantian Idea of Reason. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987, p. 488.

<sup>23</sup> WEINRIB, Ernest J. Law as a Kantian Idea of Reason. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987, p. 488.

<sup>24</sup> WEINRIB, Ernest J. Law as a Kantian Idea of Reason. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987, p. 489.

<sup>25</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 110.

<sup>26</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 110.

compreensão desta função correlativa, o jurista esmiuça a natureza dos ganhos (*gains*) e perdas (*losses*).

Antes tudo, Weinrib considera que tanto o ganho quanto uma perda podem ser considerados “fáticos” ou “normativos”. Seriam aspectos analiticamente distinguíveis, mas também podem se apresentar conjuntamente num caso concreto. Pelo aspecto fático, eles se referem aos bens de uma pessoa, incluindo o próprio corpo e outros objetos externos que dispõe. Um ganho é uma mudança para melhor desses bens, quando é aumentado; uma perda é uma mudança para pior.<sup>27</sup>

Pela visão normativa, a qual partiria da função justificatória da justiça corretiva, “ganhos e perdas envolvem uma comparação entre o que alguém possui e o que alguém deveria possuir por meio da operação dessa normas”.<sup>28</sup> Dessa forma, haverá um ganho normativo se alguém possui mais bens do que *deveria* ter sob esta normatividade; já a perda normativa é ter um acervo menor do que *deveria* ter. A normatividade possui como referencial a relação jurídica, o que se deveria ter de acordo com o direito.

Como ambos aspectos de perdas podem ou não estar presentes numa dada situação, quatro combinações, segundo Weinrib, são possíveis:

(1) *um ganho normativo, mas sem ganho fático*: se eu negligentemente injuriar, terei agido injustamente, mas nenhum bem meu foi melhorado pelo dano; (2) *um ganho fático, mas sem ganho normativo*: se outrem, por engano, pavimentar minha garagem sem meu conhecimento, a condição dos meus bens foi melhorada, mas não devo nada ao autor; (3) *uma perda normativa, mas sem perda fática*: se alguém transgredir minha propriedade sem prejudicar a condição dela, um tribunal do *common law* poderia me indenizar com danos nominais (*nominal damages*) para assinalar a quebra da norma, apesar da ausência de dano real; (4) *perda fática, mas sem perdas normativas*: se alguém me injuriar sem culpa, eu geralmente não posso me recuperar apesar da deficiência da minha condição física (2012b, p. 116, tradução e grifos nossos).<sup>29</sup>

<sup>27</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>28</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 115.

<sup>29</sup> Diego Papayannis (*El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 108), em sua obra, traz outros exemplos sobre essas combinações:

“1) Ganancias normativas, sin ganancias fácticas: cualquier supuesto de daño negligente se ajusta a esta categoría. El agente obra más allá de los límites de su libertad y daña a la víctima, obteniendo una ganancia normativa, aunque no se beneficie económicamente;

2) Ganancias fácticas, sin ganancias normativas: imaginemos que Xenofonte ilumina el portal de su casa y como consecuencia el portal de su vecino Axileas también queda iluminado. Axileas se beneficia de esta acción sin vulnerar los derechos de Xenofonte;

3) Pérdidas normativas, sin pérdidas fácticas: en el *common law*, es el caso de las indemnizaciones nominales (*nominal damages*) por acceso no autorizado en propiedad ajena que no produce deterioro alguno (*harmless trespass*). En el derecho continental, esta categoría de casos no genera responsabilidad,

Posto isso, o jurista afirma que “injustiça e responsabilidade refletem a violação de certas normas, não a existência de certos fatos”.<sup>30</sup> Não são os fatos, isoladamente considerados, que produzem efeitos na relação, mas sim a ordem normativa do direito. Com isso Weinrib não pretende afirmar, todavia, que a dimensão fática das perdas não possuam nenhum papel no direito privado, mas sim que não são elas a causa justificadora da justiça corretiva.

A justiça corretiva e sua correlatividade de ganho e perda não os relaciona no âmbito fático, mas sim no eventual desequilíbrio normativo ocorrido dentro da relação da relação jurídica. E tal correlatividade deve ser unificadora (a mesma norma se aplica a outra parte), bipolar (a perda normativa de uma corresponde a um ganho normativo da outra) e expressiva de igualdade transacional (nenhuma das partes possui preferência em relação à outra).

## 2.2. A ideia de contrato em Weinrib

Como já afirmado, Weinrib desenvolve seu sistema teórico do direito privado tendo em vista a responsabilidade civil (*tort law*). Não obstante, ele também pode ser aplicado a diversos campos do direito obrigacional. A partir de agora passamos a apreciar o aspecto contratual do formalismo jurídico weinribiano; desnecessário pontuar que se abrangerá o contrato privado, um vez que contratos públicos estão fora do escopo jusfilosófico ora estudado. Embora se trate de tarefa mais específica, quando comparada com a fundamentação de todo o direito privado, definir conceitualmente o fenômeno do contrato e responsabilidade contratual não deixa de ser esforço tortuoso.

Weinrib nunca se dedicou a uma obra exclusivamente voltada ao direito contratual, mas o esboçou pontualmente em *The Idea of Private Law*. No livro *Corrective Justice* é onde se encontra sua mais longa exposição sobre a teoria do contrato, presente quinto capítulo intitulado “*Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*”.

Este tópico divide-se em duas partes: primeiro analisa-se os principais pensamentos filosóficos da ideia de contrato na *common law* e então passamos à definição formalista

---

aunque ha habido alguna sentencia aislada en España que sostuvo que la omisión de obtener consentimiento del paciente constituye un daño en sí misma;  
4) Pérdidas fácticas, sin pérdidas normativas: este supuesto es el típico perjuicio que sufre un fabricante en la libre competencia de mercado cuando sus clientes lo abandonan por otro fabricante que ofrece un mejor producto o un producto similar a un mejor precio”.

<sup>30</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 119.

de contrato. Duas proposições jusfilosóficas são fundamentais para compreender as conclusões de Weinrib. Ao levar-se em conta a pergunta teórica que guia esta investigação, o questionamento é o seguinte: “qual é, então, a natureza do direito contratual e como uma indenização de danos desfaz violação deste direito?”.<sup>31</sup>

Na obra *Contract as Promise*, o professor da Universidade de Harvard Charles Fried postula que tal natureza centra-se na promessa. A promessa seria o primeiro princípio de uma sociedade liberal no qual nos apoiamos para garantir o que é nosso; ela expressa ações futuras, não apenas sinceridade presente. Fried afirma que “a conexão entre contrato e o princípio de expectativa é tão palpável que há razão para duvidar que seu reconhecimento legal é uma invenção relativamente recente”.<sup>32</sup>

Weinrib refuta este conceito ao afirmar que o fato das promessas talvez criarem obrigações morais não significa que também devam ser revestidas de forma jurídica. E mesmo caso se aceitasse que o direito é um reflexo da moral, ainda faltaria ligar esta ideia ao direito contratual, uma vez que outros meios jurídicos de coercibilidade estariam à disposição.<sup>33</sup> Dessa forma, a visão de contrato como promessa não traz uma inteligibilidade do contrato em si, mas sim uma coerção moral do promissor; além de não incluir os dois polos da relação.<sup>34</sup>

Ademais, Fuller e Perdue no artigo *The Reliance Interest in Contract Damages*, publicado em 1936, afirmam que o direito se guia na sociedade por propósitos definidos; no direito de danos se percebe isso ao máximo. Os autores afirmam que, nessa área, a linguagem soa não como comandos jurídicos, mas como descobrimentos: “nós *medimos* a extensão da injúria; *determinamos* se foi causada por ato do réu; *estabelecemos* se o autor incluiu o *mesmo item* duas vezes em sua reclamação”.<sup>35</sup> E como entender a indenização devida por quebra contratual? Como “compensar” o autor de algo que nunca teve? “É em essência apenas uma declaração metafórica do efeito da regra jurídica”.<sup>36</sup> Ao desenvolver

<sup>31</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 149.

<sup>32</sup> FRIED, Charles. *Contract as Promise*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 21, tradução nossa.

<sup>33</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>34</sup> Weinrib também faz uso das críticas feitas por Peter Benson em *Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory*: Benson’s point is that even if the morality of promising grounds an obligation to adhere to one’s promise, it provides no basis for contract law as such. In contract, obligation is relational: not only must the contractually bound defendant perform the promised act, but that performance is owed to a particular plaintiff. The persistence of the self over time, however, is morally relevant only to the promisor; it supplies the promisee with no right to insist on performance (2012, p. 52).

<sup>35</sup> PERDUE, William R.; FULLER, Lon Luvois. The Reliance Interest in Contract Damages: 1. *The Yale Law Journal*, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 52, grifos dos autores.

<sup>36</sup> PERDUE, William R.; FULLER, Lon Luvois. The Reliance Interest in Contract Damages: 1. *The Yale Law Journal*, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 53.

a ideia de dependência de interesses, apontam uma solução ao dano de expectativa baseada em políticas de propósitos, como o florescimento do comércio.

O grande problema destes danos de expectativa, diz Weinrib, é que o contrato em si não transfere o objeto da matéria; “se o contrato assim o fizesse, os danos de expectativa perderiam seus mistérios”.<sup>37</sup> Na maioria dos contratos, não obtemos instantaneamente a propriedade do objeto contratual, mas sim esperamos recebê-lo (de preferência em breve). Pela ideia de danos de expectativa, caso o vendedor viole o contrato, somos intitulados ao valor do objeto. Como resolver esse paradoxo jurídico, de sermos tratados como proprietários sem efetivamente o sermos?

Novamente o professor de Toronto se volta à filosofia do direito de Immanuel Kant, pois o filósofo se fez a mesma pergunta; e buscou respondê-la. O prussiano afirma que, uma vez que o contrato é somente a causalidade da vontade do outro para fins da prestação, o que adquirimos não é a coisa externa em si, mas a promessa de sua prestação. Desse modo Kant afirma que ficamos mais ricos não pela aquisição da coisa, mas sim da obrigação ativa que constringe a liberdade e patrimônio do outro.<sup>38</sup>

Um direito *in rem* refere-se à propriedade da coisa e o direito de que todos se abstenham de turbá-la. Já um direito *in personam* possui o detentor de direito à causalidade, isto é, à comutatividade imposta por uma obrigação contratual. Este último direito é voltado somente à parte contratual, não podendo ser oposto a indivíduos estranhos à relação. Tal divisão, a qual foi cunhada pelo direito romano<sup>39</sup>, foi inserida no contexto da filosofia normativa de Kant.

A justiça corretiva começa a atuar, diz Weinrib, caso o réu prive o direito do autor à execução avençada, concedendo ao último esta execução ou o seu valor. Este valor reflete o valor do objeto contratual, ou seja, trata-se de uma materialização da promessa feita ao autor.

<sup>37</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 152.

<sup>38</sup> Durch den Vertrag also erwerbe ich das Versprechen eines Anderen (nicht das Versprochene), und doch kommt etwas zu meiner äußeren Habe hinzu; ich bin vermögender (*locupletior*) geworden durch Erwerbung einer activen Obligation auf die Freiheit und das Vermögen des Anderen (KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Korpora.org: Duisburg-Essen, 1797. Disponível em: <<https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa06/Inhalt6.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 273).

<sup>39</sup> No quarto comentário de suas *Institutiones*, o juriconsulto Gaius as classifica (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016): “2. In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis uel ex contractu ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, ueluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue; actio ex diuerso aduersario est negativa”.

Para Weinrib, esta proposta resolveria o paradoxo Fuller-Purdue. Os danos de expectativa não seriam “um tipo estranho de compensação”, pois “o autor se revela ser entitulado ao valor da coisa porque aquele valor determina o valor da execução à qual o autor é entitulado”.<sup>40</sup>

### 3. *Punitive damages* e direito privado

A retribuição há muito é marca do direito penal, entendido aqui como um ramo especial do direito público. Em que pese inúmeras discussões da retribuição ou prevenção (geral ou especial) entre os penalistas, fato é que esta primeira nunca se abstém completamente da característica da pena. Sendo assim, seria possível uma natureza punitiva na indenização por danos contratuais?

Em certas formas de indenização, como na desfeita de ganhos (*disgorgement of gains*), se observa pouco ou nenhum caráter compensatório da indenizações. Entretanto, é nos *punitive damages* onde a maior controvérsia se encontra.

Poucos pontos do direito privado, por si só, ocasionaram tão intensa disputa teórica entre juristas do que a questão da punição no direito de obrigacional. Richard J. Mahoney intitula seu artigo de 1996 como “*Punitive Damages*, Boas Intenções, e a Estrada para o Inferno”. Já outros autores encaram os *punitive damages* com melhores olhos, encontrando ali uma forma de melhor tutelar a dignidade da pessoa humana da vítima. Quer queira quer não, esse instituto controverso adentra, não sem resistência, cada vez mais nos tribunais da *common law*.

O Reino Unido se figura como bastião de combate às indenizações punitivas. Isso se dá principalmente pela forte aversão da *House of Lords* (Câmara dos Lordes) ao instituto. Lord Reid chegou a afirmar que “permitir uma punição pura desta forma viola quase todo princípio que evoluiu para a proteção dos culpados”.<sup>41</sup> Tal violação ocorreria principalmente pela abstração dos termos e o julgamento feito por jurados.

Por outro lado, outros sistemas jurídicos e doutrinadores se manifestam de forma mais simpática ao instituto. A premissa básica é que a punição é não é figura exclusiva do direito penal. Weinrib então investiga duas questões deste problema, quais sejam, qual o papel desta punição no direito privado, e qual a natureza da divisão entre a

---

<sup>40</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 154.

<sup>41</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 170.

responsabilidade civil e penal. Além disso, resta considerar como a justiça corretiva se relaciona com eles se relaciona.

Quanto ao primeiro ponto, Weinrib ressalta que é óbvio o fato dos *punitive damages* não se adequarem à justiça corretiva; quando se observam suas características corretivas, a punição é um anátema. Em primeiro lugar, ela estará sempre ao lado do ofendido, olhando o réu como um malfeitor. O jurista afirma que ela não se importa sobre como recompor o estado de coisas alterado, mas sim acerca da punição mais merecida pela conduta do ofensor.<sup>42</sup> Já em relação à demarcação entre as responsabilidades penais e civis, Weinrib afirma que a punição é elemento existente no ordenamento jurídico, mas que, todavia, deve ser deixada ao âmbito criminal, uma vez que desequilibra um processo privado.

A punição está intrinsecamente relacionada à própria existência do Estado como garantidor do direito de todos os indivíduos; ela é utilizada quando se atenta contra o direito público de manutenção das instituições, sem as quais se voltaria ao “estado de natureza”. O Estado declara: “eu instituí normas para prover direito e ordem a todos de forma justa e igual. Contrariaste os direitos fundamentais de toda a sociedade por teu ato ilícito; portanto, serás punido”.

Se por um lado a responsabilidade civil vê os *punitive damages* como uma controvérsia, o direito contratual os costumava ver com verdadeira hostilidade. Isso porque este ramo é marcado pelas acordos comerciais elaborados entre duas partes; uma indenização punitiva exorbitaria as disposições firmadas, além de ocasionar insegurança jurídica às transações.

No *common law*, a grande mudança deste paradigma veio a partir de decisão da Suprema Corte do Canadá em 2002 no caso *Whiten v. Pilot Insurance CO*. Whiten teve sua casa, segurada pela Pilot Insurance, consumida por incêndio; todavia, a empresa se negou a cobrir os danos, alegando sem fundamento que a própria autora teria causado propositalmente o incêndio. Com o passar do tempo na difícil batalha judicial, a situação financeira de Whiten foi às ruínas. Após a empresa ter sido culpada de intencionalmente buscar de degradar a autora, a Corte a concedeu não só o valor de seguro como também um milhão de dólares em *punitive damages*.

---

<sup>42</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 172.

A Suprema Corte do Canadá (SCC) fixou alguns pontos para o entendimento da decisão, quais sejam: “2) *punitive damages* são muito mais a exceção do que a regra; 2) somente devem ser imposto se tiver ocorrido um abuso arrogante, malicioso, arbitrário ou altamente repreensível o qual se desvia de um grau determinado de padrões de comportamento decente” ([2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18). O Tribunal enfatiza ainda que os *punitive damages* só devem ser concedidos quando as indenizações compensatórias forem insuficientes para coibir a conduta e, acima de tudo, devem ser fixados dentro de princípios razoáveis.

Weinrib afirma então que o principal questionamento acerca dessa questão se trata em quais circunstâncias os *punitive damages* podem ser concedidos e qual sua base legal. A resposta da SCC, a fim de evitar ampla discricionariedade por parte dos julgadores, adicionou um requisito: eles requerem uma “ilícito litigável” (*actionable wrong*) junto à quebra contratual. Desse modo, a conduta do réu teria ocasionado um dano que, pelo surgimento de um direito subjetivo à reparação, poderia ser perseguido no Poder Judiciário. Ou seja, trata-se de outra obrigação distinta da já postulada, conforme o voto do maioria deliberou, “uma quebra do dever contratual de boa-fé foi, assim, independente de e em adição à quebra do dever contratual de pagar as perdas”.

Como poderia ser esperado para um formalista como Weinrib, este considera tal justificação como incompleta e confusa. O questionamento precípua do filósofo indaga porque a acumulação destes ilícitos litigáveis levam aos *punitive damages*, e não a uma acumulação de danos compensatórios. De acordo com ele, a ilicitude pela quebra da boa-fé contratual, geradora de um ilícito litigável, deve trazer consigo, por mais íliquida que seja, alguma soma. Outras alternativas seriam a perturbação da “tranquilidade de espírito” da autora por parte da ré, existindo aqui um objeto de dano compensatório, e a postulação de danos agravados (*aggravated damages*) pelo prejuízo à dignidade da autora.

Ademais, pontua a confusão entre o caráter compensatório e punitivo das indenizações quando a Corte afirma que as indenizações punitivas só entram em cena quando os compensatórios são insuficientes para os objetivos de retribuição, prevenção e denúncia da conduta em questão. Os *punitive damages* tornam-se assim mera continuação do caráter punitivo já presente nos compensatórios.<sup>43</sup> Finalmente, o jusfilósofo de Toronto alega ser inconsistente a requisição de um novo ilícito litigável e a limitação de *punitive damages* quando compensatórios serem insuficientes, pois “o requisito de um outro

---

<sup>43</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ilícito litigável, em combinação com a noção de que *punitive damages* são concedidos apenas se danos compensatórios forem insuficientes, torna impossível a própria indenização a qual o requisito condiciona”.<sup>44</sup>

No final, a preocupação de Weinrib é a mesma do começo: uma mistura maléfica entre direito privado e direito penal. Ao menos, diz o autor, este último possui uma série de restrições legais a fim de que penas desmedidas não sejam aplicadas, ao passo que um juiz ou júri privatista está livre de destas constrações.<sup>45</sup>

#### **4. A boa-fé contratual no direito brasileiro diante das indenizações punitivas**

Podemos verificar que a análise das indenizações punitivas (*punitive damages*) ocorre sempre concomitante à análise da boa-fé; afinal, eles não tratam do objeto contratual em sentido estrito, mas dos deveres éticos que o permeiam, inevitavelmente de maior abstração, também chamados de fatores “metajurídicos” ou princípios gerais. No caso do Direito Brasileiro, trata-se não de mero princípio genérico, mas instituto recorrente em três ocasiões em nosso Código Civil de 2002.

O princípio da *bona fides* foi desenvolvido no mundo jurídico romano, estando presente, no mínimo, desde a Lei das XII Tábuas em 450 a.C. Como bem adverte Martins-Costa (2018), o vocábulo latino *fides* é polissêmico, cujo sentido amplo é confiança, de onde se derivam lealdade, colaboração, auxílio mútuo; *fides* se transforma em *bona fides* por meio das relações comerciais creditícias (o próprio verbo *credo*, *credere*, implica em confiar ou “crer” na execução do avençado). Importante observar que a *bona fides* possui importante papel na criação jurisprudencial dos pretores romanos, pois poderia, dentro dos *iudicia bonae fidei*, ainda quando a pretensão (*intentio*) não estivesse presente no texto da lei, ser utilizada como fundamento por meio da fórmula *oportet ex fide bona*.<sup>46</sup>

Tradicionalmente a doutrina brasileira reparte o estudo da boa-fé em subjetiva e objetiva. A primeira se refere essencialmente a um “estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito em que em verdade só existe na aparência”.<sup>47</sup> Essa toca principalmente os direitos reais e de família, embora também se manifeste no

<sup>44</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 180.

<sup>45</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>46</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>47</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. v. 5. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 141.

art. 765, CC.<sup>48</sup> Por outro lado, a boa-fé objetiva é própria do direito obrigacional e prescreve parâmetros éticos na conduta de negócios jurídicos obrigacionais. Portanto, esta segunda manifestação é-nos de maior pertinência.

Gagliano e Pamplona Filho, ao estruturarem sua exposição doutrinária, inserem duas relações obrigacionais como elementos do contrato válido: o dever jurídico principal (dar, fazer ou não fazer) e os deveres anexos (lealdade ou confiança, assistência, informação, confidencialidade ou sigilo).<sup>49</sup> Para Farias e Rosenvald, a boa-fé objetiva pressupõe i) uma relação jurídica, ii) padrão de comportamento exigível e iii) reunião de condições suficiente para gerar na parte contrária um estado de confiança no contrato celebrado.<sup>50</sup> A boa-fé objetiva pode ser analisada externamente, sendo assim a consciência interna do sujeito de menor ou nenhuma importância. O Código Civil positiva a boa-fé no âmbito dos contratos privados no art. 422, CC, o qual dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Encontram-se ainda três funções comumente atribuídas à boa-fé objetiva. A primeira delas é sua função interpretativa prevista no art. 113 do Código Civil, o qual versa que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; esta função confere ao juiz as diretrizes hermenêuticas para que o contrato sempre seja interpretado com base em princípios morais e costumes locais. Em seguida temos a função de deveres de conduta, por meio da qual os deveres supracitados de lealdade ou confiança, assistência, informação, confidencialidade ou sigilo se fazem normativos independentemente de qualquer previsão contratual. Finalmente, a terceira função da boa-fé objetiva limita o exercício de direitos subjetivos dentro de um patamar ético, de modo que não se faça mal uso de um legítimo direito.<sup>51</sup>

Uma vez que observamos que a boa-fé possui força normativa no direito dos contratos, surgem naturalmente questionamentos acerca do que ocorre se esta for violada, de que modo verificar sua ocorrência e como estimar o *quantum debeat* da reparação. A prática jurídica brasileira não reconhece a normatividade do princípio e sua posição no

---

<sup>48</sup> Art. 765. O segurador e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

<sup>49</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

<sup>50</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. v. 5. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>51</sup> Código Civil, art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

art. 422, CC, como algo meramente *en passant*. Tanto é que o Conselho da Justiça Federal, logo na I Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado CJP n° 24: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Quando ocorre descumprimento contratual não da obrigação propriamente dita, mas de seus deveres anexos, repercute a assim chamada violação positiva do contrato. Para Farias e Rosendal, “a violação positiva do contrato, como o rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo obrigacional”.<sup>52</sup> Na mesma linha segue Carlos Roberto Gonçalves, a quem “a boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato”.<sup>53</sup>

Neste momento, voltemos à questão das indenizações punitivas. Segundo inicialmente citado Henry Campbell Black,<sup>54</sup> os *punitive damages* ocorrem quando provado que o réu agiu “intencionalmente, maliciosamente e fraudulentamente”, a indenização teria o objetivo de “punir a pessoa pela conduta ultrajante”. Quanto à necessidade de ilícito independentemente litigável, no caso *Whiten v. Pilot Insurance CO* a SCC também reconheceu a boa-fé contratual como originadora: “uma quebra do dever contratual da boa-fé foi então independente e adicional à quebra do dever contratual de indenizar as perdas”.

Por conseguinte, como já dito, a boa-fé contratual é o principal elemento em jogo no momento de concessão ou não das indenizações punitivas. Todavia, é necessário indagar quanto da indenização por violação positiva do contrato de fato se manifesta como *punitive damages*.

Os *punitive damages*, por mais teoricamente abstratas que suas implicações possam se tornar, miram no descumprimento da boa-fé contratual; sua abstração encontra-se exatamente na difícil tarefa de quantificá-la. Assim temos dois tipos de descumprimento no contrato, independentes um do outro: o da prestação contratual propriamente dita e

---

<sup>52</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. v. 5. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 161.

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. v. 3. ed. 15. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 59.

<sup>54</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. Eagan: West Publishing, 1979, p. 352.

dos deveres de boa-fé. No da primeira é possível facilmente verificar qual o valor da indenização, haja vista se tratar de objeto concreto (dar, fazer ou não fazer) e, comumente, já possuir multas anteriormente fixadas em caso de descumprimento. A indenização aqui possui natureza inegavelmente compensatória, simplesmente restituindo o igual *status quo ante* das partes.

Já a indenização por descumprimento da boa-fé contratual possui contornos muito mais complexos. Como é imposta pelo ordenamento jurídico sem levar em conta a vontade dos contratantes, ela exorbita até mesmo o direito privado: trata-se de um dever de conduta imposto a todos os indivíduos na sociedade e indisponível; algo cada vez mais presente na assim chamada “constitucionalização” do direito civil brasileiro. A vontade das partes, assim, não é tão absoluta quanto alguns privatistas mais conservadores gostariam.

Ademais, sustentar que a indenização pelos descumprimento dos deveres anexos seja essencialmente compensatória não nos parece acertado. O que ela exatamente indenizaria? De fato não poderia ser meramente o “estado mental” afetado pela malevolência; caso não, seríamos remetidos diretamente ao âmbito da responsabilidade civil por dano moral. O argumento mais verossimilhante seria afirmar que a má-fé atingiu diretamente a “dignidade da pessoa humana”, ou seja, diminuiu o preceito kantiano de igualdade quando o ofensor se portou como superior ao ofendido. Porém, este argumento é de ordem de direito público, não privado, com tão defendido pela teoria da quebra eficiente.

Poderia-se se argumentar que esta indenização não possui nenhuma relação com os *punitive damages*: “esses somente ocorreriam se, depois de fixadas ambas indenizações pelo objeto contratual e pela má-fé, o juiz ainda assim incluísse nova quantia, fora deste montante, como punição contra a má conduta”. Embora não seja impossível que um magistrado tente fazer algo do gênero, é de difícil ocorrência e até mesmo menos prático. Isso porque não existem parâmetros rigidamente fixos (tão somente pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade) para concessão de danos por violação de boa-fé. Desta forma, caso o juiz considere a conduta como extremamente abjeta, muito antes irá aumentar o valor destes últimos, não criar uma nova categoria separada (isso, sim, seria manifestamente ilegal).

Para Weinrib, citando-o novamente, “injustiça e responsabilidade refletem a violação de certas normas, não a existência de certos fatos”.<sup>55</sup> A violação positiva do contrato, ainda que eventualmente possa causar amargor ao ofendido, em nada irá alterar, sem concomitância com inadimplemento do objeto contratual, seu patrimônio. Todavia, observa-se mudança no equilíbrio normativo na relação bipolar das partes. Na verdade, Weinrib deixa lacunas que contestam seu rigorismo formalista diante dos *punitive damages*.

Pela supracitada normatividade da justiça corretiva, Weinrib admite os chamados “*aggravated damages*” ou indenizações agravadas “diante da conduta ultrajante causada aos sentimentos e autoestima do autor”,<sup>56</sup> de natureza ainda compensatória. Mas isso apenas à primeira vista, pois tal instituto não leva conta apenas as perdas contratuais, mas as “circunstâncias agravantes”.<sup>57</sup> Por essa razão, Lee<sup>58</sup> considera que os *aggravated damages* “parecem ser nada além de *punitive damages* disfarçados”, ainda que busquem “compensar” danos morais. O autor também, apoiado em Joseph Hampton, reflete que “por esta perspectiva, os *punitive damages* poderiam ser entendidos como forma de um remédio híbrido que tanto compensatório quanto retributivo nas características em que compensa a vítima por seu dano *moral*”.<sup>59</sup>

Portanto, se existe um lugar para acomodação dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro é dentro da violação positiva do contrato. Isso porque o desenvolvimento do instituto normativo da boa-fé contratual fez dele relativamente bem consolidado no direito pátrio, de modo que, ainda que ainda exista esforço hermenêutico para determinação de seu valor indenizatório concreto, ele está sempre presente e acionável dentro das transações contratuais. Desse modo, no direito contratual brasileiro, seja a indenização chamada de punitiva, exemplar ou vingativa, não há nenhum *locus operandi* dela senão no seio da violação contratual positiva. Em resposta à questão acerca da aplicabilidade do instituto em nosso sistema, temos então afirmativa dupla: de fato é plenamente possível acoplá-lo à, e somente à, boa-fé objetiva contratual; por outro lado, também é lícito ao intérprete jurídico refletir, num esforço de navio de Teseu, o quanto essa possível aplicação prática ainda retém as características anglo-saxãs originais.

<sup>55</sup> WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 119.

<sup>56</sup> WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 179.

<sup>57</sup> LEE, Pey-Woan. Contract Damages, Corrective Justice and Punishment. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 6, p. 887-097, 2007.

<sup>58</sup> LEE, Pey-Woan. Contract Damages, Corrective Justice and Punishment. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 6, p. 887-097, 2007, p. 896, tradução nossa.

<sup>59</sup> LEE, Pey-Woan. Contract Damages, Corrective Justice and Punishment. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 6, p. 887-097, 2007, p. 898.

## 5. Conclusão

Diante do exposto, a tentativa de Weinrib de criar uma verdadeira “teoria pura do direito privado” enfrenta muitos obstáculos. Embora não esteja fora de dúvidas que sua construção intelectual seja de altíssimo refinamento, ela começa peca pelo excessivo formalismo no trato das questões privatistas. Sua teoria, principalmente sua visão acerca dos *punitive damages*, derrete ao ser posta à luz do Direito Brasileiro. Isso porque nosso ordenamento jurídico é incrivelmente mais híbrido que o experienciado pela *common law*; a Constituição Federal de 1988, com sua matriz principiológica, dilui as barreiras entre público e privado nas leis brasileiras.

E esse é o principal motivo pela maior permeabilidade dos *punitive damages* em nosso direito contratual. Como visam inicialmente “punir” práticas abusivas e fraudulentas, (exemplificadas no caso *Whiten v. Pilot Insurance Co.*), tal remédio é acolhido pela proteção à boa-fé no direito brasileiro. O zelo pelos deveres por ela impostos são indisponíveis e estão presentes em todos instrumentos independentes de previsão expressa, o que faz do dever de boa-fé verdadeiro receptáculo das indenizações punitivas. Ademais, não existem limites à boa-fé além da indenização “proporcional” e “razoável” à violação positiva, o que possibilita ao juiz modular amplamente o valor indenizatório de acordo com o caso concreto. Por fim, como toda importação de institutos estrangeiros sofrem alterações quando induzidos, resta a dúvida de quanto de *punitive damages* restam nas indenizações punitivas.

## Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- AQUINAS, Tomas. *Commentaria in Aristotelem. Sententia Libri Ethicorum*. Disponível em: <<http://www.corpusthomicum.org/iopera.html>>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e a fundamentação teórica da responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2019.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. Eagan: West Publishing, 1979.
- CANADA. Supreme Court of Canada. *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18. *Supreme Court Judgments*. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1956/index.do>>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- DRESCH, Rafael Valle. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013.
- ENGLARD, Izhak. *Corrective and Distributive Justice: from Aristotle to modern times*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. v. 5. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRIED, Charles. *Contract as Promise*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*.

v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. v. 3. ed. 15. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEE, Pey-Woan. Contract Damages, Corrective Justice and Punishment. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 6, p. 887-097, 2007.

KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Korpora.org: Duisburg-Essen, 1797. Disponível em: <<https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa06/Inhalt6.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. *Justiça e Contrato: entre comutar e distribuir*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

PAPAYANNIS, Diego M. *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

PERDUE, William R.; FULLER, Lon Luvois. The Reliance Interest in Contract Damages: 1. *The Yale Law Journal*, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936.

WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012a.

WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012b.

WEINRIB, Ernest J. Corrective Justice in a Nutshell. *The University of Toronto Law Journal*, v. 52, n. 4. p. 349-356, 2002.

WEINRIB, Ernest J. Legal Formalism: on the immanent rationality of law. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 6, p. 949-1016, 1988.

WEINRIB, Ernest J. Law as a Kantian Idea of Reason. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, p. 472-508, 1987.

#### **Como citar:**

SÁ, João Daniel Macedo de; ACÁCIO, Bruno Lucas Silva. *Punitive damages e boa-fé contratual: o dano contratual no formalismo jurídico de Ernest Weinrib*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/punitive-damages-e-boa-fe/>>. Data de acesso.



**civilistica.com**

Recebido em:

11.11.2021

Aprovado em:

28.8.2022