

Reliance theory: uma justificativa para o direito contratual

Henry COLOMBI*

RESUMO: Este artigo busca apresentar a teoria da confiança do *common law* como uma justificativa válida para a obrigatoriedade jurídica dos contratos. Inicialmente, ele apresenta um apanhado geral das principais características da teoria da confiança, apresentando, adiante, em mais detalhes, as ideias de seus principais artífices. Após, é feito um balanço da teoria da confiança contra o pano de fundo dos debates contemporâneos sobre a teoria do direito contratual, enfatizando-se sobretudo a recentíssima proposição de Peter Benson do “contrato como transferência de titularidades”. Argumenta-se que a teoria da confiança, embora um pouco fora de moda, é mais adequada a servir como uma base pública de justificativa para o direito contratual, dentro de uma moldura teórica bensoniana, ao menos no que se refere à sua perspectiva normativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil; contratos; filosofia do direito; teoria do direito; direito comparado.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A teoria da confiança; – 3. Fuller & Perdue: a base crítica para os futuros desenvolvimentos; – 4. Atiyah: o aprofundamento da crítica e a sugestão de um novo modelo; – 5. Goetz & Scott e Raz: justificativas consequencialistas da opção preferencial do direito contratual pela indenização pelo interesse de execução; – 6. Balanço da teoria da confiança: entre a superação e a plausibilidade normativa como base pública de justificativa para o direito contratual; – 7. Conclusão; – Referências.

TITLE: *Reliance Theory: Justifying Contract Law*

ABSTRACT: *This article aims to present common law’s reliance theory of contract law as valid justification of contract enforcement under law. It first presents an overview of the key features of reliance theory, then the ideas of its main scholars are presented in more detail. Afterwards, a balance or the reliance theory is made against the background of contemporary contract law theoretical debates, emphasizing mainly the brand-new proposition of “contract as transfer of ownership” presented by Peter Benson. It is argued that reliance theory although a little old-fashioned is more suited to function as a public basis of justification of contract law in the bensonian theoretical framework at least in its normative perspective.*

KEYWORDS: *Private law; contracts; jurisprudence; legal theory; comparative law.*

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Reliance theory; – 3. Fuller & Perdue: the critical basis for future development; – 4. Atiyah: critical development and suggestion for a new model; – 5. Goetz & Scott and Raz: consequentialist justifications for execution interest damages as the default rule; – 6. Remarks on reliance theory: outdated perspective or a new public basis of justification for contract law?; – 7. Conclusion; – References.

1. Introdução

A faculdade que pessoas detêm de formar vínculos jurídicos contratuais válidos, decidindo livremente sobre a oportunidade de fazê-lo, com quem fazê-lo e com que conteúdo, é

* Doutor, mestre e graduado em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil e Empresarial na Faculdade CEDIN. Sócio da Passos e Chaves Sociedade de Advogados.

frequentemente relacionada aos pressupostos básicos da teoria jurídica liberal. Considerações relacionadas à autonomia do indivíduo, à dignidade envolvida na determinação dos próprios propósitos e na capacidade de assumir responsabilidades *vis-à-vis* seus semelhantes são valores frequentes a animar a teoria do direito contratual. Isso é observado desde a sua gênese, tal como a compreendemos hoje, que remete ao século XVIII e XIX, e ainda se faz presente na *communis opinio* jurídica da doutrina brasileira.

Não se questiona que os pactos devem, sim, ser cumpridos, e que há uma demanda moral relevante para fazê-lo. Contudo, não deixa de ser intrigante que a relevância moral de se honrar um compromisso assumido possa ser extrapolada para a criação de um dever jurídico, passível de coerção estatal. Não decorre como consequência óbvia da constatação de que os pactos devem ser cumpridos a afirmação de que um Estado, com recursos escassos,¹ deve empregar seu aparato coercitivo, interferindo na esfera de liberdades da parte inadimplente, para forçá-la ao cumprimento de uma promessa voluntariamente assumida em um momento pretérito referente a qual, no momento presente, ela se nega a honrar.²

É verdade que, ao longo do século XX, observou-se o fenômeno da “crise do contrato”, no qual os amplos limites da autonomia da vontade como princípio máximo da teoria contratual cederam espaço a intervenções heterônomas, visando garantir valores outros prezados por um ordenamento jurídico inserido no paradigma do Estado do Bem-Estar Social. Nesse contexto, considerações de equidade, igualdade, justiça material, equilíbrio de forças e tutela dos vulneráveis passaram a influir no desenho das normas aplicáveis às relações contratuais.³

Não obstante isso, o fundamento teórico subjacente ao que se compreende, na teoria jurídica, como contrato não parece ter se alterado em sua substância após a crise vivenciada pela teoria dita “liberal” ou “clássica” ao longo do século XX. Modificaram-se, é verdade, diversas regras. Considerações diversas do mero respeito à autonomia da vontade decerto se imiscuíram no direito dos contratos, e isso não é de somenos importância. Contudo, quando se coloca a questão do porquê de se tutelar a promessa, de

¹ Sobre a atuação estatal para a manutenção da obrigatoriedade dos contratos como uma atuação positiva e, portanto, dependente de recursos públicos, cf. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 34-35.

² Sobre esse estranhamento e a constatação de uma falsa ideia de obviedade de que do compromisso moral de se manter a promessa extrapola-se um dever jurídico, cf. BENSON, Peter. *Justice in transactions*: a theory of contract law. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 10.

³ TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro*: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6-7.

se obrigar coercitivamente à prestação em caso de inadimplemento, o fundamento teórico parece sempre retornar às bases clássicas: o poder nomogenético da vontade, a relevância moral da dignidade e da responsabilidade individual, a liberdade dos privados de cuidarem de seus próprios interesses. Desse modo, tem-se que a “crise do contrato” e o advento de uma visão solidarista do fenômeno contratual não foram aptos a fornecer uma nova teoria, mas apenas mitigaram as premissas subjacentes à teoria voluntarista clássica.⁴

Se a crítica às teorias voluntaristas e a ideia de crise do contrato, no Brasil, não geraram muitos frutos no sentido de uma nova proposta a dar fundamentação coerente ao direito contratual, coisa diversa se passou no ambiente do *common law*. Enquanto a doutrina brasileira ainda parece não ter saído do estágio desconstrutivo, convivendo há décadas com uma inconsistente teoria voluntarista mitigada, já era possível identificar no *common law*, sobretudo a partir das décadas de 60 e 70 do século XX, um movimento de resposta à crise do contrato à sua maneira clássica. Esse movimento propunha um modelo explicativo e justificatório alternativo do direito contratual, baseado na ideia de proteção da confiança.⁵

2. A teoria da confiança

A teoria da confiança (*reliance theory*) jamais foi estruturada como uma teoria unitária e tampouco conta com uma obra-síntese ou um autor-chave com os quais possa ser identificada.⁶ Ela é, nesse sentido, antes um fenômeno histórico identificado por sucessivas contestações à teoria clássica do direito contratual do *common law* do que propriamente uma construção teórica.⁷ Não obstante essa constatação, a teoria da

⁴ Osny da Silva Filho reconhece que, embora seja senso comum a inadequabilidade das teorias clássicas à realidade contratual contemporânea, a doutrina apresenta certa resistência à ampliação de considerações distributivas ao cerne da teoria contratual. Enquanto essas considerações de equilíbrio de forças e desigualdade são admitidas em contextos contratuais que apresentam caracteres socioeconômicos específicos, o autor constata que as premissas teóricas básicas do direito dos contratos seguem calcadas em noções voluntaristas, às quais acusa de solipsismo. Em alternativa a esta compreensão, o autor propõe uma interessante releitura da teoria contratual sob a ótica da desigualdade como conceito epistemológico unificador do direito contratual contemporâneo (SILVA FILHO, Osny. Contract as inequality. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, p. 89-107, 2017, *passim*).

⁵ BARNETT, Randy E. Foreword: Is reliance still dead? *San Diego Law Review*, San Diego, n. 38, p. 1-12, 2001, p. 2.

⁶ De um modo diverso, a teoria do contrato como promessa, de matriz liberal, foi estruturada por Charles Fried e bem sintetizada no livro *Contract as Promise*. Cf. FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2015. Nesse sentido, BARNETT, Randy E. The death of reliance. *Journal of legal education*, New York, v. 46, n. 4, p. 518-536, 1996, p. 521.

⁷ Nesse sentido, em termos de estruturação, a teoria da confiança acaba se aproximando, em sua conformação na enciclopédia jurídica, mais da teoria clássica, que busca contestar, do que das teorias contemporâneas, que buscam fundamentar normativamente o direito contratual. É Atiyah que se refere à teoria clássica como um fenômeno histórico, e não propriamente como uma teoria normativa. O autor explica que essa é a grande diferença ante a dita teoria clássica e as teorias liberais contemporâneas, tais como a de Charles Fried. Apesar de ambas terem postulados em comum, a primeira seria um fenômeno histórico, enquanto a segunda seria propriamente uma teoria (ATIYAH, Patrick Selim. The liberal theory of contract. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 121).

confiança não deve ser desmerecida enquanto teoria. Isso porque, em seu processo histórico de formação, baseado em contribuições oriundas das obras de diversos autores, foram produzidas reflexões valiosas para a compreensão do fenômeno jurídico contratual. Ademais, contemporaneamente, a teoria da confiança é encarada pelos estudiosos do direito contratual como um corpo relativamente estável de premissas teóricas.⁸ Essas premissas são as seguintes:

i) A primeira delas, de natureza crítica e histórica, refere-se ao papel da teoria da confiança em desnaturalizar os pressupostos da teoria clássica do direito contratual do *common law*. Forjada no século XIX sob a influência dos ideais do liberalismo econômico⁹ e baseada em leituras de teóricos da Europa Continental,¹⁰ a teoria clássica buscava estruturar toda a ideia do contrato nos pressupostos da promessa e da *consideration*.¹¹ Nessa perspectiva, o arquétipo do contrato é uma promessa formulada em contrapartida a uma outra promessa, que, por representar uma transação de bens e direitos fundada na vontade livre e seriamente manifestada pelas partes contratantes,

⁸ Nesse sentido, cf. POSNER, Eric. Contract Theory. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William (Eds.). *The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory*. Malden: Blackwell, 2005, p. 141-142; BARNETT, Randy. The death of reliance. *Journal of legal education*, New York, v. 46, n. 4, p. 518-536, 1996, *passim*; SMITH, Stephen. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. *Issues in legal scholarship*, Berlin, v. 1, n. 1, p. 1-38, 2001, *passim*; SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). *Oxford essays on jurisprudence*. 4th series. New York: Oxford University Press, 2000, *passim*; FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship — Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2015, *passim*; MARKOVITS, Daniel. Theories of the common law of contracts. In: ZALTA, Edward (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2019, *passim*; KRAMER, Adam. *Contract law: an index and digest of published writings*. Portland: Hart Publishing, 2010, *passim*; BIX, Brian. *Contract law: rules, theory and context*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 134; HOGG, Martin. Competing theories of contract. In: DIMATTEO, Larry et al. (Eds.). *Commercial Contract Law: transatlantic perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 26.

⁹ ATIYAH, Patrick Selim. Contracts, promises and the law of obligations. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 11.

¹⁰ GORDLEY, James. *Foundations of Private Law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 288.

¹¹ *Consideration*, doravante traduzida para "contrapartida" ou "contraprestação", segundo o Black's Law Dictionary é "[a]ny benefit conferred, or agreed to be conferred, upon the promisor, by any other person, to which the promisor is not lawfully entitled, or any prejudice suffered, or agreed to be suffered, by such person, other than such as he is at the time of consent lawfully bound to suffer, as an inducement to the promisor". Em nossa tradução: "qualquer benefício conferido ou que se combinou conferir com o promitente por qualquer outra pessoa em relação ao qual o promitente já não seja detentor de um direito, ou qualquer prejuízo arcado ou que se combinou de ser arcado por referida pessoa que já não deveria juridicamente arcar com ele, que se faz como indução ao promitente [em troca da promessa]". BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 4^a ed. St. Paul: West Publishing, 1968, p. 379. Trata-se de uma figura empregada pelo *common law* para limitar o escopo de promessas que serão objeto de tutela jurídica ao passo que exige que haja uma efetiva contrapartida para que uma promessa seja juridicamente obrigatória. Cf., a propósito, para uma abordagem introdutória à comparação do direito contratual do *common law* com o direito brasileiro, explicando, dentre outros, a figura da *consideration*: TIMM, Luciano Benetti. Common law and contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, Lisboa, a. 1, n. 1, p. 525-572, 2012. p. 533.

seria merecedora de tutela jurídica como medida de garantia da justiça corretiva.¹² O primeiro questionamento em relação a esse modelo foi levantado por Fuller e Perdue, que desafiaram a ideia de que o papel do direito contratual seria a garantia de justiça corretiva ao observarem que as normas postas, sobretudo no que se refere à indenização pelo interesse de execução em caso de inadimplemento contratual,¹³ deveriam ser justificadas por alguma motivação externa ao próprio direito contratual.¹⁴

ii) A segunda premissa baseia-se na constatação de Patrick Atiyah de que o arquétipo do contrato, no qual uma promessa é feita em contrapartida a uma outra promessa, é menos frequente e relevante do que a doutrina clássica sugeria. Atiyah observa que, a mais das vezes, um contrato envolve o cumprimento prévio da prestação em favor do promitente ou a mudança do curso de ação por parte do promissário, ambos com base na noção de confiança no cumprimento da promessa. Nesse sentido, o direito contratual, na maioria dos casos, atua para remediar situações em que, pela quebra da confiança, benefícios antecipadamente conferidos se tornam indevidos e alterações de planos de ação revelam-se injustamente prejudiciais ao promissário.¹⁵

¹² Por justiça corretiva os autores se referem à medida aristotélica de justiça que visa à manutenção das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos, impedindo a sua subtração ou destruição indevidas. A ela se contrapõe a justiça distributiva, a qual incumbe a definição das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos. Sobre a utilização desses conceitos no artigo *The Reliance Interest in Contract Damages*, cf. BENSON, Peter. *Contract*. In: PATTERSON, Denis (Ed.). 2ª ed. *A companion to philosophy of law and legal theory*. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.

¹³ Nos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, o equivalente funcional daquilo que, na tradição de *common law* denomina-se *reliance interest* (interesse de confiança) é a ideia de interesse negativo. O interesse de confiança, tal como o interesse negativo é a medida da indenização que busca colocar a parte prejudicada na mesma situação em que estaria caso a nunca tivesse confiado na promessa formulada. Nesse sentido, ele busca retirar o dano causado pelo fato da confiança, retornando as partes ao *status quo antem*. Por outro lado, o que no *common law* se denomina *expectation interest*, (literalmente, “interesse de expectativa”, mas podendo ser adequadamente traduzido como “interesse de execução”), tem nos sistemas romano-germânicos o equivalente funcional no interesse positivo, que busca colocar as partes na mesma situação em que estariam caso a promessa fosse integralmente cumprida, instaurando, assim, um *status ad quem*. Sobre a equivalência funcional entre as noções de *reliance/expectation interest* e de interesse negativo/positivo, cf. GORDLEY, James. *Foundations of Private Law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 290. Para o aprofundamento sobre a questão comparativa dos institutos acima referidos e mesmo para a compreensão da fórmula par (interesse positivo/interesse negativo) no direito brasileiro, relativamente a qual ainda se verifica um desenvolvimento carente na doutrina geral, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 170-175. Ao longo do presente trabalho, a fim de manter a precisão terminológica, não será utilizada a substituição dos termos em inglês por seus equivalentes funcionais, tendo-se optado pela tradução proposta por João Baptista Villela, no prefácio à obra de Christian Sahb Batista Lopes, que verte ao vernáculo *expectation interest* como “interesse de execução” e *reliance interest* como “interesse de confiança” (LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. xviii).

¹⁴ FULLER, Lon; PERDUE, William. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, New Haven, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 52-53.

¹⁵ O raciocínio é sintetizado em ATIYAH, Patrick Selim. *Contracts, promises and the law of obligations*. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, *passim*; mas também pode ser inferido nos seguintes textos: ATIYAH, Patrick Selim. *The modern role of contract law*. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, *passim*; ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 1-7 e ATIYAH, Patrick Selim. *Executory contracts, expectation damages and the Economic Analysis of Contract*. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, *passim*.

iii) Uma terceira premissa funda-se na explicação econômica, sugerida por Goetz e Scott, do porquê de o direito contratual positivo eleger como remédio preferencial a indenização pelo interesse de execução e não pelo interesse de confiança, que, a rigor, seria mais lógico para reparar os danos decorrentes da quebra de confiança.¹⁶ Referida explicação tem como base a ponderação dos custos institucionais do processo de administração da justiça em conflitos envolvendo contratos, que demonstram que o interesse de execução funciona como um bom substituto do interesse de confiança na proteção do valor que o direito, de fato, busca tutelar: a confiança.¹⁷ No mesmo sentido, mas partindo de uma base instrumentalista não econômica, mas institucional, está a sugestão de Raz, segundo o qual o direito contratual tutelaria a confiança legítima depositada sobre promessas para preservar o próprio valor da promessa e de seu cumprimento. Esse valor, inegavelmente, possui uma qualificada relevância social, que permite a ampliação das potencialidades humanas de atuação sobre o mundo, razão pela qual deve ser incentivada e tutelada pelo direito.¹⁸

São essas premissas, historicamente formuladas que, acumulando-se, construíram o que se convencionou denominar a teoria da confiança do direito contratual do *common law*.¹⁹ Cada uma delas será adiante analisada, à luz das obras dos autores que as propuseram.

3. Fuller & Perdue: a base crítica para os futuros desenvolvimentos

A teoria da confiança se estruturou em contraposição à teoria clássica do direito contratual do *common law*. Por esta razão, é compreensível que os autores identificados como seus primeiros representantes sejam justamente aqueles que contestaram as bases da teoria clássica, lançando questionamentos sobre seus postulados centrais e

¹⁶ É mais lógica a reparação pelo interesse negativo, considerando-se que o fundamento da indenização contratual seria a proteção da confiança pois, por esta medida, o direito alcançaria a justiça corretiva, fazendo a parte inadimplente pagar à parte prejudicada a exata medida dos danos por ela incorridos em razão da frustração da confiança. Esse é o raciocínio adotado por Fuller e Perdue em seu artigo *The reliance interest in contract damages* (FULLER, Lon; PERDUE, William. *The reliance interest in contract damages*: part. 1. *Yale law journal*, vol. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 52-53).

¹⁷ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. *Enforcing promises, an examination of the basis of contract*. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, *passim*.

¹⁸ RAZ, Joseph. *Promises in morality and law*. *Harvard law review*, Cambridge, n. 95, p. 916-938, 1982, p. 933-938.

¹⁹ Essa lista de principais representantes da teoria da confiança é elaborada por Stephen Smith: SMITH, Stephen. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. *Issues in legal scholarship*, Berlin, v. 1, n. 1, p. 1-38, 2001. p. 12, nota 21. No mesmo sentido é a lista de Adam Kramer: KRAMER, Adam. *Contract law: an index and digest of published writings*. Portland: Hart Publishing, 2010, item 16.3. Charles Fried, não se ocupando de estabelecer uma lista exaustiva, também cita Fuller e Perdue, Gilmore e Atiyah, como representantes de uma "visão baseada na confiança" (*reliance view*): FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2ª ed. New York: Clarendon Press, 2015, p. 1-6.

colocando-os em perspectiva histórica. Com efeito, identifica-se a fundação da teoria da confiança no texto *The Reliance Interest in Contract Damages*, de Lon Fuller e William Perdue Junior.

O texto de Fuller e Perdue é reputado como “o artigo individual mais influente em toda a história da teoria contratual moderna”²⁰ [tradução nossa]. A contribuição principal do artigo reside em sua pioneira problematização do postulado central da teoria clássica, segundo o qual o direito contratual busca tutelar a justiça corretiva e o faz por meio da condenação ao pagamento de indenização pelo interesse de execução. Na concepção de Fuller e Perdue, a determinação de indenização por aquilo que se espera auferir de ganhos em um contrato, e não somente pelas perdas decorrentes do investimento de confiança, não faria sentido numa perspectiva de justiça corretiva²¹ pois condenar a parte inadimplente a indenizar a parte prejudicada pelo interesse de execução seria “compensar esta por algo que ela jamais teve”.²²

Em *The Reliance Interest in Contract Damages*, os autores sustentam que, caso o intuito do direito contratual fosse a tutela da justiça corretiva, a regra de indenização deveria priorizar o interesse de confiança. Afinal, é ele que busca colocar as partes no *status quo* anterior, protegendo as titularidades preestabelecidas contra os danos que a confiança frustrada, induzida por uma promessa descumprida, pode acarretar.²³

O fato de as regras do direito contratual positivo priorizarem o interesse de execução em detrimento ao interesse de confiança, para Fuller e Perdue, representa um indício de que, na realidade, a lógica que governa as regras de responsabilidade civil pela violação contratual atenta-se não à justiça corretiva, mas sim a considerações externas ao sistema

²⁰ No original: “[...] the most influential single article in the entire history of modern contract scholarship”. ATIYAH, Patrick Selim. Fuller and the theory of contract. In: *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 73.

²¹ Por justiça corretiva os autores se referem à medida aristotélica de justiça que visa à manutenção das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos, impedindo a sua subtração ou destruição indevidas. A ela se contrapõe a justiça distributiva, a qual incumbe a definição das titularidades legitimamente detidas pelos indivíduos. Sobre a utilização desses conceitos no artigo *The Reliance Interest in Contract Damages*, cf. BENSON, Peter. Contract. In: PATTERSON, Denis (Ed.). 2ª ed. *A companion to philosophy of law and legal theory*. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.

²² FULLER, Lon; PERDUE, William. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, New Haven, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936. p. 53.

²³ Para uma análise dos pressupostos normativos adotados por Fuller e Perdue, que os levam a considerar apenas o interesse negativo como um remédio *a priori* normativamente aceitável para tutelar a justiça corretiva, cf. BENSON, Peter. The expectation and reliance interests in contract theory: a reply to Fuller and Perdue. *Issues in legal scholarship*, Berlin, v. 1, n. 1, 2001, p. 4-26.

de direito privado.²⁴ Fuller e Perdue chegam até a aventar quais seriam essas considerações. Inicialmente, os autores levantam a hipótese de que essa medida de indenização atenderia a um sentimento subjetivo de justiça ligado à necessidade de respeito à promessa, mas a rechaçam por constatar que nem toda promessa é juridicamente vinculante. Levantam-se, ainda, as explicações clássicas baseadas na ideia de vontade e autonomia, que são rechaçadas como sendo insuficientes. Por fim, Fuller e Perdue traçam longas considerações sobre a confluência de fatores econômicos que, sem submeter o direito à sua lógica, nele influem indiretamente, e parecem se convencer de que explicações consequencialistas, tais como custos de adjudicação, facilitação das transações econômicas, equivalência entre interesse de confiança e interesse de execução em mercados competitivos etc., seriam suficientes para justificar a opção preferencial do direito pela indenização visando este último.²⁵

A partir a partir dessa construção, as reflexões de Fuller e Perdue abriram espaço para que o debate teórico ultrapassasse os dogmas da teoria clássica, pela qual se tinha por assentado que o papel do direito contratual seria tutelar a justiça corretiva e que essa tutela seria alcançada pela indenização do interesse de execução. Daí em diante, trilhando o caminho indicado por Fuller e Perdue, outros teóricos puderam aprofundar a reflexão sobre a questão do porquê de o direito contratual eleger como prioritário o remédio da indenização pelo interesse de execução. Nessa linha vieram as propostas que avançaram a teoria da confiança no direito contratual do *common law*. Dentre elas se destaca, de modo mais imediato, a proposta de Patrick Atiyah, o qual credita expressamente o desenvolvimento de seu raciocínio às reflexões de Fuller e Perdue. Entretanto, percebe-se influências de sugestões formuladas em *The Reliance Interest in Contract Damages* nas teorias de Goetz e Scott, que advogam e desenvolvem a justificativa econômica intuída por Fuller e Perdue, e de Raz, que adota uma justificativa

²⁴ Vale mencionar que autores sugerem que o fato de o direito contratual preferir a tutela pelo interesse de execução significaria que ele passaria do âmbito da justiça corretiva para se atentar a razões de justiça distributiva. Essa sugestão, no entanto, é apenas mencionada de passagem no texto não tendo sido aprofundada por Fuller e Perdue no artigo. Em seguida a essa passagem, os autores listam as possíveis justificações que se prestam a explicar o fenômeno, não retomando a referência às noções de justiça distributiva. Nesse sentido, deve ser afastada qualquer relação entre os autores e as compreensões atuais de justiça distributiva no direito privado, sobretudo aquelas baseadas na teoria rawlsiana. Cf. FULLER, Lon; PERDUE, William. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, New Haven, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 56.

²⁵ Toda linha de argumentação aqui relatada é desenvolvida em FULLER, Lon; PERDUE, William. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, New Haven, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 57-66.

institucional para se utilizar o interesse de execução como forma de tutelar a confiança legítima depositada no cumprimento da promessa.²⁶

4. Atiyah: o aprofundamento da crítica e a sugestão de um novo modelo

Atiyah se baseia em uma metodologia de recapitulação histórica para demonstrar que os paradigmas aceitos no direito contratual como naturalizados são, na verdade, uma construção relativamente recente e bem localizada em um determinado momento temporal. Sua obra mais conhecida, *Rise and Fall of Freedom of Contract*, é, antes de tudo, um livro que busca documentar as diversas fases da evolução histórica da formação do direito contratual inglês, sob a ótica da ideia de liberdade contratual.²⁷ Nesse texto, sua concepção própria acerca do contrato é apenas mencionada lateralmente e de forma sintética.²⁸ A sede de suas reflexões teóricas sobre o direito contratual e a compreensão de que ele estaria calcado na ideia de proteção da confiança é desenvolvida com mais

²⁶ É necessário notar que, ao lado de Fuller e Perdue, a construção da teoria da confiança é frequentemente creditada à contribuição teórica de Grant Gilmore em seu célebre livro *The Death of Contract*. GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2^a ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. Gilmore, como Fuller e Perdue, incrementa a reflexão sobre o direito contratual ao desnaturalizar os postulados da teoria clássica. Enquanto os primeiros o fizeram demonstrando a incoerência interna dos postulados da justiça corretiva com o princípio da indenização pelo interesse de execução, o contributo de Gilmore se dá pela análise histórica e crítica da formação da teoria clássica do contrato. *The Death of Contract*, passou para os anais da teoria contratual por seu principal prognóstico: o contrato como figura jurídica autônoma está morrendo e caminha para ser incorporado pela categoria geral dos delitos (*torts*). Essa tendência nada mais seria do que um movimento de "retorno às origens", haja vista que a própria construção do quadro tradicional da teoria do contrato do *common law* teria sido feita pelo trabalho meticuloso de juristas do século XIX. A implosão dos contratos e dos *torts*, dentro de uma categoria mista, jocosamente apelidada por Gilmore de *contorts* (algo como "contratodelito" ou "delitrato"), seria, portanto, nada mais do que um retorno a uma situação "natural" que fora modificada artificialmente pela teoria formalista dos teóricos clássicos. Para uma síntese das ideias de Gilmore, em língua portuguesa, bem como para um salutar esclarecimento de algumas incompreensões comuns acerca das ideias do autor, cf. WALKER, Mark Pickersgill. Grant Gilmore e "a morte do contrato": o ciclo de vida da "clássica" teoria geral dos contratos estadunidense. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 20, p. 193-222, 2019. É sobretudo com base no exagerado prognóstico da "morte do contrato" nas mãos do delito que os teóricos costumam colocar Gilmore como um partidário – e mesmo como um pilar – da teoria da confiança. Nesse sentido: BARNETT, Randy. The death of reliance. *Journal of legal education*, New York, v. 46, n. 4, p. 518-536, 1996, p. 519; SMITH, Stephen. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. *Issues in legal scholarship*, Berlin, v. 1, n. 1, p. 1-38, 2001, p. 12, nota 21; p. 13; FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2^a ed. New York: Claredon Press, 2015, p. 3. No entanto, é a sua postura iconoclasta de combate ao formalismo e aos dogmas estabelecidos na doutrina contratual clássica que representou o verdadeiro fôlego dado pelo autor às propostas contestadoras que a teoria da confiança representava nesse cenário. Reputar ao autor a construção de uma teoria da confiança propriamente dita seria, entretanto, incompatível com a proposta de seu próprio trabalho. Gilmore era avesso às teorizações abstratas e desconfiava das categorias estanques, conforme bem observado por Ronald Collins em seu prefácio à segunda edição de "*The Death of Contract*". COLLINS, Ronald. Foreword. In: GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2^a ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. xviii-xix. Com efeito, suas reflexões sobre a "morte do contrato" não buscavam propor a confiança ou a quimérica categoria dos *contorts* como um novo paradigma do direito contratual. O que, na verdade, Gilmore buscava era fazer uma arqueologia dos dogmas contratuais que então pareciam monoliticamente assentados sobre o que o autor considerava serem premissas artificiais. O papel de Gilmore para a teoria da confiança é, antes, o que se derivou de suas ideias, sobretudo de sua postura desconstrutiva dos dogmas clássicos. Destarte, não parece adequado à sua própria proposta teórica incluí-lo como um partidário da ora analisada "teoria da confiança" do *common law*.

²⁷ O autor admite, expressamente, na primeira página de seu livro, que sua pretensão é sobretudo histórica. ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Claredon Press, 1979, p. 1.

²⁸ ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Claredon Press, 1979, p. 1.

pormenor em diversos ensaios publicados entre as décadas de 1960 e 1980, que foram posteriormente compilados na coletânea *Essays on Contract*.²⁹

Nesses ensaios, Atiyah identifica três situações em que o direito considera existir um contrato juridicamente vinculante. A primeira se dá quando, confiando em uma promessa de prestação futura pelo promitente, o promissário confere a este um benefício atual.³⁰ A segunda verifica-se quando, confiando na promessa do promitente, o promissário modifica seu curso de ação de modo que o descumprimento possa lhe ocasionar danos em sua esfera jurídica. A terceira, por fim, é a situação em que há uma troca de promessas, sem a concessão de um prévio benefício ou a verificação da mudança no curso de ação baseado na confiança na promessa, a esta situação Atiyah denomina "contrato puramente executório".³¹ No contrato puramente executório o que ocorre é apenas uma troca de promessas. Trata-se daquele contrato em que não se antecipam prestações e tampouco se adotam comportamentos fundamentados na confiança cuja frustração traria um prejuízo especial para além do objeto contratado.

Atiyah entende que a teoria contratual clássica se assentaria no arquétipo do modelo contratual puramente executório. Sustenta ele, em oposição a essa concepção, que a natureza da responsabilidade contratual estaria, a mais das vezes, vinculada a questões relativas à concessão de um benefício prévio ao promitente pelo promissário, em troca da promessa (portanto, relacionada à ideia de enriquecimento sem causa), ou à proteção de confiança legítima capaz de acarretar um dano injusto na hipótese de ser frustrada (portanto, relacionada à ideia de delito).³²

O autor sustenta que tomar a situação dos contratos puramente executórios, que ele entende por marginal, como o modelo sobre o qual assentar toda a teoria contratual seria uma forma equivocada de encarar a questão.³³ A maior parte dos contratos – e os mais relevantes – não seria composta por "contratos puramente executórios", mas sim por contratos nos quais, pelo menos no momento do inadimplemento, alguma forma de benefício já haveria sido conferida ou já haveria sido verificada alguma mudança de

²⁹ ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001. A formulação de uma teoria geral do direito contratual baseado na ideia de confiança está presente, sobretudo, no ensaio n. 2, intitulado "Contracts, Promises and the Law of Obligations".

³⁰ Por "benefício", traduzido livremente do inglês *benefit*, entenda-se, no contexto aqui adotado, o pagamento de uma das prestações contratuais, que, nos contratos que não se afiguram como puramente executórios ou nos que não dependem apenas de um investimento de confiança. é efetivado em momento anterior ao possível inadimplemento.

³¹ ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 1-3.

³² ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 4-6.

³³ ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 1-7; ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contracts*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 19-22.

posição que se revelará potencialmente danosa caso a prestação prometida não seja executada.³⁴

Imagine-se uma situação em que Caio promete entregar a Tício, daqui a 30 dias, uma máquina de moer café caso Tício o entregue, hoje, a quantia de R\$ 500,00. Suponha-se que Tício entrega o dinheiro à vista. O contrato aqui descrito não é puramente executório, pois um benefício prévio foi conferido (R\$ 500,00). Da mesma forma, imagine-se, ainda que Tício, confiando que a máquina será entregue a tempo, adquira, por R\$ 200, uma saca de café, que se inutilizará rapidamente caso não seja moída. A aquisição do café demonstra uma mudança de curso de ação por parte do promissário, Tício, que se revelará prejudicial caso a promessa seja frustrada.

Em contraposição aos exemplos acima, um contrato puramente executório se conformaria, por exemplo, no caso de Caio prometer entregar a máquina de moer café no prazo de 30 dias, em contrapartida de Tício prometer pagar-lhe o preço no ato da entrega. Caso o eventual inadimplemento se dê antes de que Tício, confiando na promessa, faça arranjos na expectativa do recebimento da máquina, tem-se um contrato puramente executório. Nessa situação o que existem são apenas promessas contrapostas. Apenas na hipótese de a quebra de uma das promessas se dar antes do pagamento por uma das partes e antes mesmo de qualquer delas alterar seu curso de ação de maneira potencialmente prejudicial, que se terá uma situação de um contrato puramente executório inadimplido. Essa situação, no entanto, é rara, pois, a mais das vezes, antes que o descumprimento se materialize, uma das partes, confiando na promessa da outra, já confere um benefício ou já se engaja em uma mudança de plano de ação que pode revelar-se prejudicial diante de uma quebra da promessa.

Nessas situações, que, de fato, são as mais comuns, a justificativa para embasar a responsabilidade não seria a promessa, mas sim o benefício tornado indevido, ou os danos incorridos pela frustração da confiança. A razão de ser da responsabilidade contratual, a mais das vezes, se submeteria, portanto, aos princípios do enriquecimento sem causa ou da sanção dos delitos,³⁵ os quais são totalmente coetâneos ao pressuposto moral do princípio do dano de Stuart Mill,³⁶ pois, de fato, agem para impedir que o exercício da liberdade de um indivíduo cause danos a outrem. É intuitivo que o remédio que o direito contratual possa melhor oferecer para esses casos de verdadeiros danos

³⁴ ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contracts*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 19-22.

³⁵ ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contracts*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 21-22.

³⁶ STUART MILL, John. *On liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 13.

impingidos por um indivíduo na esfera jurídica do outro é a restituição da coisa indevida ou a reparação do dano. Ou ambos, caso a quebra de confiança induza as duas consequências. Vale dizer, o direito contratual deveria agir de forma a retornar as partes ao *status quo antem*, tal como se a promessa – e mais, a confiança na promessa – jamais tivesse se materializado (interesse de confiança). Essa, no entanto, não é a solução que se observa como sendo a adotada como preferencial pelo direito contratual positivo do *common law*, que, diante de um descumprimento de promessa, determina uma tutela jurídica que coloca o promissário na mesma situação em que ele estaria se a promessa tivesse sido integralmente cumprida (*status quo ad quem*, interesse de execução).

É importante notar que Atiyah expressa claramente que a obrigatoriedade de uma promessa que enseja um benefício ao promitente ou induz confiança no promissário, além de mais frequente, tem uma demanda moral de tutela superior aos contratos puramente executórios,³⁷ e, nesse sentido, compartilha das mesmas premissas de Fuller e Perdue. Essa atribuição de maior vigor moral às promessas que sejam acompanhadas da contrapartida de um benefício material por parte do promissário ou que tenha ensejado nele uma confiança legítima que o levou a incorrer em um dano não significa, entretanto, que Atiyah rechace a obrigatoriedade de contratos puramente executórios.

Na verdade, e em sentido contrário, Atiyah encontra outro fundamento para justificá-la. O autor, na mesma linha de Fuller e Perdue, reconhece que comprovar no processo judicial a existência de prejuízos induzidos pelo investimento de confiança, ou de apurar pelos métodos disponíveis a existência de um benefício prévio pode ser uma empreitada custosa e sujeita a erros judiciais em razão de sua complexidade. Essas considerações podem levar o direito, em um raciocínio consequencialista, a legitimizar a presunção formal de que sempre que se verifique uma promessa, também haverá um investimento de confiança ou algum benefício correspondente. Confere-se, assim, guarida à obrigatoriedade a contratos que possam ser, de fato, puramente executórios. Da mesma forma, esse raciocínio orientado às consequências pode levar o direito a considerar como um remédio adequado para o inadimplemento contratual a indenização pelo interesse de execução.³⁸ Por esta razão, Atiyah não defende a abolição da obrigatoriedade dos contratos puramente executórios e a negativa da possibilidade de se determinar o cumprimento forçado ou de se conferir indenização pelo interesse de execução. Sua contribuição central é a de contestar que eles sejam o modelo arquetípico sobre os quais se deva basear toda a teoria contratual.

³⁷ ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contracts*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 22; p. 150.

³⁸ ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contracts*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 111-113.

Por contestar que o fundamento da obrigatoriedade do contrato seja a promessa em si, Atiyah é enfático no sentido de que o ponto de partida formal adotado pela teoria jurídica é passível de superação e relativização quando razões substanciais o desafiem.³⁹ Ademais, o autor lança dúvidas acerca de se as justificativas econômicas que ele mesmo aventa como possível justificativa para a obrigatoriedade de contratos puramente executórios e para a indenização preferencial pelo interesse de execução subsistiriam a uma análise que se dedicasse a constatar sua efetiva eficiência – sem o qual, por princípio, essa justificativa seria insubsistente.⁴⁰ Com efeito, se Atiyah não chega extremo de rechaçar a legitimidade da obrigatoriedade dos contratos puramente executórios e da utilização do interesse de execução como principal medida da indenização contratual, ele lança sobre elas sérios questionamentos.

Foi buscando esclarecer, do ponto de vista econômico, essa opção preferencial do direito contratual pela indenização pelo interesse de execução e pela obrigatoriedade dos contratos puramente executórios que Charles Goetz e Robert Scott escreveram seu artigo *Enforcing Promises: an examination of the basis of contract*. Os autores, apesar de enxergarem na confiança o fundamento de obrigatoriedade do contrato, buscam comprovar que a adoção do interesse de execução como o remédio legal por excelência se justifica por razões econômicas e é a melhor maneira de se tutelar a confiança contratual.

A visão de Goetz e Scott é, a princípio, compatível com as conclusões de Atiyah. Porém, ao contrário deste último, que duvida da potencialidade das justificações econômicas em dar respostas às questões normativas em debate, os primeiros sustentam que a Análise Econômica do Direito corrobora e justifica a opção do direito contratual pela indenização pelo interesse de execução. Às mesmas conclusões de Goetz e Scott chega Joseph Raz. O autor, partindo não de pressupostos propriamente econômicos, mas de considerações institucionalistas que compreendem que o direito deve tutelar as práticas sociais valorosas, também sustenta que a indenização pelo interesse de execução se justifica por considerações consequencialistas de proteção ao valor da promessa e de facilitação do processo de administração da justiça. As ideias desses autores serão objeto de análise logo a seguir.

³⁹ ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contracts*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 150.

⁴⁰ ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on contracts*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 178.

5. Goetz & Scott e Raz: justificativas consequencialistas da opção preferencial do direito contratual pela indenização pelo interesse de execução

A sugestão antecipada por Fuller e Perdue, e repetida, com reservas, por Atiyah, de que a preferência do sistema jurídico pela indenização pelo interesse de execução poderia ser justificada por considerações consequencialistas é melhor desenvolvida, cada qual a sua maneira, por Goetz e Scott em uma perspectiva de Análise Econômica do Direito, e por Joseph Raz, em uma perspectiva normativa segundo a qual ao direito cumpre o papel de apoiar e tutelar as instituições sociais que lhe precedem.

Em seu artigo *Enforcing Promises: an examination of the basis of contract*, Goetz e Scott demonstram que a confiança em uma promessa é uma situação que aumenta o bem-estar geral. Os autores conceituam a promessa como uma informação relativa ao curso futuro de ação do promitente dirigida ao promissário.⁴¹ Confiar na promessa permite ao promissário rearranjar seu próprio curso de ação, de forma a maximizar seus ganhos.⁴² No entanto, a confiança é uma faca de dois gumes, pois, por um lado, se o promitente de fato seguir o curso de ação prometido, o benefício para o promissário será maximizado, por outro lado, caso a promessa seja descumprida e a confiança frustrada, o promissário ficará em uma situação pior do que ele estaria caso a promessa jamais lhe tivesse sido endereçada. Em suas palavras: "como uma informação antecipada sinalizando uma transferência futura, uma promessa típica traz prospectivamente tanto benefícios se mantida, quanto danos se quebrada"⁴³ [tradução nossa].

Goetz e Scott, por serem partidários da escola da Análise Econômica do Direito, compreendem que cabe ao direito estatuir regras que maximizem a eficiência das transações privadas.⁴⁴ A confiança na promessa, para eles, é um fator que permite a cooperação interpessoal, a qual se reverte em ganhos de utilidade para a sociedade em geral. A quebra de confiança, por outro lado, gera prejuízos aos promissários de modo não ótimo no que se refere ao somatório de utilidade geral. Ao direito cabe, portanto,

⁴¹ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1267.

⁴² GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 12670-1270.

⁴³ No original: "[a]s advance information signaling a future transfer, a typical promise prospectively carries both benefit if kept and harm if broken" (GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1264).

⁴⁴ Sobre ser essa uma das principais características das teorias normativas da AED, cf. o artigo revisional de Eric Posner. POSNER, Eric. Economic Analysis of Contract Law after three decades: success or failure? *Yale law journal*, New Haven, v. 112, p. 829-880, 2003, p. 834.

coibir a quebra de confiança. Essa coibição é feita pela obrigatoriedade jurídica da promessa – com a possibilidade de coerção.

Entretanto, por ser o fundamento da tutela da confiança justamente a maximização da utilidade que ela proporciona, não pode o direito, ao coagir o promitente a manter sua promessa, fazê-lo de forma tão severa a ponto de desincentivar *ex ante* um potencial promitente a formular uma promessa com receio de ser coativamente submetido a observá-la. Nesse sentido, a justificação econômica da teoria da confiança formulada por Goetz e Scott reside no papel do direito contratual de efetivar promessa socialmente úteis, dando-lhes eficácia jurídica dotada de coercibilidade, evitando descumprimentos ineficientes e cuidando para que a atuação estatal, neste processo, não desincentive a formulação de futuras promessas, o que, da mesma forma, geraria resultados sub-ótimos.⁴⁵

Em termos de custos e benefícios, situações diversas demandam soluções diversas diante da quebra da promessa. Por esta razão, em determinados contextos de transações, a obrigatoriedade da promessa traz mais custos do que benefícios e vice-versa. Os autores sustentam que o direito contratual do *common law*, de forma natural, está atento a essa tensão entre a necessidade de tutela de confiança pela obrigatoriedade da promessa e o risco de que promessas úteis não sejam formuladas por receio da coerção estatal. É daí que surgiriam as diversas doutrinas da formação e dos remédios contratuais.⁴⁶

Em situações de promessas unilaterais, o custo para o promitente de se ver forçado a cumprir a promessa é maior do que o benefício ao promissário de poder nela confiar sem ressalvas. É por isso que, em regra, aquilo que no direito brasileiro denomina-se contratos gratuitos não contam com obrigatoriedade jurídica no *common law*. Por outro lado, no contexto de uma transação em que se verifica uma verdadeira barganha e relativamente a qual o promissário oferece uma contrapartida à promessa, as partes poderiam, de forma negociada, chegar a um nível ótimo de sua vinculatividade, caso não existissem custos de transação. Como esses custos existem, a regra supletiva que alcança resultados ótimos é a obrigatoriedade.

Idealmente, o direito alcançaria a máxima utilidade em situações de quebra de confiança caso determinasse, coercitivamente, que o promitente inadimplente indenizasse o

⁴⁵ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1266.

⁴⁶ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1291.

promissário na medida do necessário para que este retornasse à mesma situação em que estaria caso não tivesse confiado na promessa (interesse de confiança). No entanto, em razão dos custos reais existentes, neste caso vinculados à administração da justiça, verifica-se que a precisa mensuração do *quantum* do interesse de confiança é extremamente difícil, de forma a gerar elevadas despesas para sua apuração, além de deixar a aplicação da regra sujeita a erros, que também implicam em custos ao determinarem remédios jurídicos sub-ótimos (deficitários ou excessivos). Por essa razão, presuntivamente, o direito utiliza o interesse de execução como um substitutivo ao interesse de confiança.⁴⁷

Essa presunção não é despida de fundamento, pois, em um mercado competitivo, a medida do interesse de execução, de fato, acaba por se aproximar de forma bem acurada do interesse de confiança.⁴⁸ Um médico que, quando o paciente não comparece à consulta, cobra o equivalente ao valor da prestação do serviço, está exigindo uma indenização pelo interesse de execução. No entanto, esse valor amplamente equivale àquilo que ele deixou de lucrar consultando um outro paciente no lugar daquele que não compareceu. No mercado das consultas médicas, um profissional com uma boa clientela, ao reservar um horário em sua agenda, confiando na promessa de que o paciente aparecerá, na expectativa de um benefício (preço da consulta), perde a oportunidade de prestar seu serviço para outras pessoas, no mesmo horário, por, em média, o mesmo preço. Nesse sentido, o interesse de confiança do médico em não ter marcado aquela consulta e atendido outro paciente, para receber a mesma quantia, equivale *grosso modo* ao recebimento do valor da consulta contratada pelo paciente faltoso.⁴⁹ É com base nesse modelo que o direito contratual, buscando maximizar a utilidade geral, teria por regra fixar, em favor dos promissários que viram sua confiança frustrada em uma promessa dotada de contrapartida, indenização por um valor equivalente ao interesse de execução.⁵⁰

Casos há, no entanto, em que a linha entre a gratuidade e a reciprocidade das promessas é tênue. São situações nas quais não se verifica uma contrapartida propriamente dita a uma promessa especificamente formulada, mas em que as partes contratantes se encontram no contexto de uma transação e, portanto, a proteção de determinada

⁴⁷ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1289.

⁴⁸ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1284.

⁴⁹ O exemplo é dos próprios Fuller e Perdue. FULLER, Lon; PERDUE, William. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, New Haven, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 60.

⁵⁰ FULLER, Lon; PERDUE, William. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936, p. 60.

situação de confiança pode, em sua utilidade, suplantar o desincentivo à formulação de promessas. Isso se verifica nas situações pré-contratuais (promessas feitas nas fases de tratativas) e pós-contratuais (promessas de modificar condições contratuais, sem contrapartida, em benefício de uma das partes). Goetz e Scott observam que promessas, nessas condições, vêm sendo consideradas obrigatórias pelas cortes da *common law*, a despeito de serem carentes de contraprestação explícita.⁵¹

Isso se justificaria precisamente pelo fato de os benefícios da proteção da confiança, nesses contextos, se sobreporem aos custos do desincentivo às promessas.⁵² Não obstante a falta de requisitos para se configurar uma verdadeira relação de barganha, quando os danos decorrentes de promessas dessa natureza sejam previsíveis à parte inadimplente, não apenas o interesse de confiança, mas o próprio interesse de execução, por vezes, tem sido tutelado. Isso contraria o que a doutrina comumente propugna ser o mais adequado, dada a natureza supostamente delitual dos remédios jurídicos a essas promessas,⁵³ mas é completamente compreensível sob a perspectiva sustentada por Goetz e Scott, calcada na ideia de proteção da confiança e em considerações e eficiência econômica.

Extrapolando as conclusões de Goetz e Scott, tem-se que o reconhecimento de tutela pelo interesse de execução de promessas despidas de contrapartida – portanto, *a priori*, fora do espectro do direito contratual – mas que ensejam confiança, reforça o argumento da teoria da confiança. É nas situações em que o quadro formal do direito contratual se revela insuficiente a dar respostas aos conflitos envolvendo transações que o princípio subjacente – a confiança – é chamado à atuação. Seja, no *common law*, com as promessas despidas de contraprestação, seja no *civil law*, nas tratativas pré-contratuais, a insuficiência dos quadros tradicionais demandam recurso a esse fundamento primeiro. O fato de o direito persegui-lo demonstra que o quadro tradicional não se justifica em si mesmo, mas serve à tutela da confiança. Os institutos clássicos do direito contratual se sustentam como regra geral, mas, quando sua estrutura se afasta de sua teleologia, a incidência direta da tutela jurídica da confiança revela que, de fato, ela é o fundamento subjacente à obrigatoriedade contratual.

⁵¹ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1314.

⁵² GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1315.

⁵³ GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, New Haven, v. 89, n. 7, p. 1261-1322, 1980, p. 1315. No direito brasileiro, contra a tradicional tendência, também presente no *civil law* de limitar a responsabilidade pré-contratual ao interesse negativo, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 338.

Em que pese se assentar em pressupostos totalmente diversos dos de Goetz e Scott, uma compreensão muito semelhante à destes autores é sustentada por Joseph Raz.⁵⁴ Tal como aqueles autores, Raz compreende que o direito contratual é legitimado a indenizar violações pelo interesse de execução com base em considerações de facilitação dos custos de administração da justiça, em que pese o interesse de confiança ser a medida mais adequada para tutelar o verdadeiro valor subjacente: a proteção da confiança.⁵⁵

Para compreender a visão do direito contratual sustentada por Raz, é importante ter em mente que o autor pressupõe a prática social de formular e cumprir promessas para avançar a cooperação social como algo anterior e independente da lei. O direito contratual teria por função primordial apoiar essa instituição, ainda que, por vezes, tenha ele que intervir na praxe social para corrigi-la ou proteger suas próprias bases.⁵⁶

Em contratos que não se enquadram na categoria dos "puramente executórios", para além do interesse institucional de proteger o valor da promessa, tem-se, ainda, a demanda de justiça corretiva. A proteção dos indivíduos contra os danos causados pela frustração da confiança legítima, na visão do autor, é justificada *de per se*, dentro de uma concepção liberal que, baseada no princípio do dano de Stuart Mill, entende como legítima a intervenção estatal na esfera de liberdade de um indivíduo para a evitar um dano a outrem.⁵⁷ A proteção da instituição social da promessa – que se faz pela tutela da confiança nela depositada –, por sua vez, seria justificada por ser ela um meio de se permitir a cooperação entre indivíduos, avançando as possibilidades de autorrealização individual e coletiva. Nesse sentido, a tutela jurídica da confiança na promessa seria justificada em uma perspectiva consequencialista. Ela seria um meio para um outro fim: preservar a instituição social da promessa, que é considerada como algo socialmente valioso.⁵⁸ Dessa forma, na visão de Raz, ambas as facetas do contrato são justificadas com base na noção de proteção da confiança.

O primeiro objetivo da proteção da confiança pelo direito contratual na formulação de Raz se assemelha àquela premissa central já lançada por Fuller e Perdue, no que se refere

⁵⁴ Enquanto Joseph Raz é um notável juspositivista de matiz liberal, Goetz e Scott são partidários da escola da Análise Econômica do Direito. Sobre o positivismo jurídico de Raz, cf. SILVEIRA, Sheila Stolz da. El positivismo jurídico exclusivo. una introducción a la teoría de Joseph Raz. *Revista Jurídica - CCJ/FURB*, Blumenau, v. 12, n. 23, p. 25-43, 2008, *passim*.

⁵⁵ RAZ, Joseph. Promises in morality and law. *Harvard law review*, Cambridge, n. 95, p. 916-938, 1982, p. 937-938.

⁵⁶ RAZ, Joseph. Promises in morality and law. *Harvard law review*, Cambridge, n. 95, p. 916-938, 1982, p. 934.

⁵⁷ RAZ, Joseph. Promises in morality and law. *Harvard law review*, Cambridge, n. 95, p. 916-938, 1982, p. 937.

⁵⁸ RAZ, Joseph. Promises in morality and law. *Harvard law review*, Cambridge, n. 95, p. 916-938, 1982, p. 933-934.

ao questionamento pela opção preferencial do direito pela indenização pelo interesse de execução. Já o segundo objetivo é bem afim à premissa de Goetz e Scott. Onde Raz vê a tutela de uma prática social moralmente valiosa, Goetz e Scott veem uma medida que garante a maximização da utilidade social. Conceitos diversos, porém, com implicações semelhantes. Tanto o primeiro quanto os segundos consideram que o valor da obrigatoriedade da promessa não está em si próprio, mas na confiança que ela desperta. Essa confiança, por sua vez, é relevante, pois sua frustração gera um dano. Esse dano, para Raz, é a erosão da instituição social da promessa, e, para Goetz e Scott, é produção de resultados sub-ótimos que reduzem a utilidade geral. Dessa forma, a tutela da confiança pelo interesse de execução respeita o princípio do dano, pressuposto moral formulado por Stuart Mill, segundo o qual o Estado só poderia interferir na esfera de liberdade dos indivíduos para prevenir ou remediar a ocorrência de um dano.⁵⁹ Ambos compreendem, ainda, que o remédio adequado a esse dano seria, idealmente, a reparação visando *status quo antem* (interesse de confiança), no entanto, ponderações de custos levam o direito a favorecer o remédio que coloque a parte prejudicada no *status ad quem* da promessa descumprida (interesse de execução).

6. Balanço da teoria da confiança: entre a superação e a plausibilidade normativa como base pública de justificação para o direito contratual

Em síntese, a teoria da confiança é uma corrente teórica que buscou explicar e justificar o direito contratual do *common law*. Suas bases foram lançadas por Fuller e Perdue, com seu questionamento sobre a incoerência da opção preferencial do direito pela indenização do interesse de execução como remédio para o inadimplemento contratual e a necessidade de se justificar com fatores extrajurídicos esse dado.

Assentado nessa base crítica, Atiyah propõe uma mudança de paradigma na compreensão do contrato, tirando o modelo arquetípico dos contratos puramente executórios do centro para, em seu lugar, colocar contratos nos quais foi conferido um prévio benefício ou realizado um investimento de confiança. Em outras palavras, contratos que envolvem interesses de confiança e interesses de restituição, caso sejam inadimplidos. Nesse sentido, o contrato puramente executório assume um lugar periférico, devendo a teoria se preocupar mais com o porquê se tutelar pelo interesse de execução situações em que o que há, em regra, é uma violação a interesses de restituição

⁵⁹ RAZ, Joseph. Promises in morality and law. *Harvard law review*, Cambridge, n. 95, p. 916-938, 1982, p. 934;937. O princípio pode ser encontrado em: STUART MILL, John. *On liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 13. As implicações do princípio para a aceitabilidade moral de uma teoria do contrato serão mais bem desenvolvidas a frente, quando do balanço da teoria da confiança.

e de confiança. Nessa linha, para tentar compreender esse porquê, vêm as explicações consequencialistas, já antecipadas por Fuller e Perdue e mesmo por Atiyah, mas que são desenvolvidas, em sua vertente econômica por Goetz e Scott, e em sua vertente institucional por Raz.

Em suma, pela teoria da confiança, os contratos, em regra, envolvem interesses de confiança e de restituição. Sua tutela, no entanto, se dá, em regra, pelo interesse de execução em razão de ponderações de custos e visando tutelar a própria confiança no sistema, que depende largamente do respeito à promessa a fim de favorecer a cooperação social. Apresentado esse panorama, adiante serão avaliadas as críticas que foram endereçadas à teoria da confiança por seus detratores, explicitando o motivo pelo qual, não obstante as objeções formuladas, entende-se que ela é a que melhor se sustenta como uma base pública de justificação adequada para o direito contratual.

Como se percebe da leitura do item anterior, a teoria da confiança do *common law*, apesar de pouco conhecida no cenário teórico brasileiro, não é nenhuma novidade. Seus próceres escreveram na segunda metade do século XX e as raízes de seus principais postulados remontam ao início daquele século. Ademais, os desenvolvimentos teóricos sobre a teoria da confiança parecem ter alcançado seu auge naquele período, de modo que não se identificaram propostas contemporâneas de relevo que buscam reafirmá-la. Em razão disso, a crítica mais natural endereçada à teoria da confiança como uma possível base pública de justificação para o direito contratual é justamente a de que ela já se encontra superada.

Charles Fried, cuja obra *Contract as Promise* constitui uma das mais representativas reações à teoria da confiança imperante na década de 1980, ao retomar suas ideias contemporaneamente, avalia que todo aquele arcabouço que motivou sua crítica teria "perdido a proeminência".⁶⁰ A "sanha socializante" de autores como Gilmore e Atiyah não mais teria o mesmo eco dos tempos de outrora.⁶¹ Acrescenta o autor que o debate teórico contemporâneo, dominado, sobretudo, pela perspectiva da Análise Econômica do Direito, compartilharia a sua premissa de que o direito contratual se presta a efetivar

⁶⁰ FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship — Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2015, p. 138

⁶¹ FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship — Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2015, p. 137. No mesmo sentido é o diagnóstico de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, que aponta a superação das teorias de análise histórica e superação do formalismo levadas a cabo o contexto do *common law* por autores como Gilmore e Atiyah pelo advento e fortalecimento da escola da Análise Econômica do Direito. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 46.

a persecução privada do melhor interesse individual.⁶² Sua posição retrata um certo desprezo pela teoria da confiança, vendo em suas premissas um ranço intervencionista incompatível com o paradigma neoliberal ao qual ele parece se alinhar.

Entretanto, divergências ideológicas à parte, não parece razoável deslegitimar o valor dos argumentos de uma teoria apenas em razão de sua identificação com determinado momento histórico que se almeja superar, ou que se tem por superado. Se, de fato, as premissas da teoria da confiança se ligam de forma perceptível ao contexto e aspirações do estado social estadunidense e inglês de meados do século XX,⁶³ isso não significa que essas não sejam boas premissas para explicar teoricamente o funcionamento do direito contratual em uma sociedade massificada⁶⁴ – atributo que, a toda evidência, só fez se intensificar nas últimas décadas.

Decerto que, da década de 1980 até o presente momento, muito se evoluiu em termos de teorizações acerca do direito contratual. Diferente do que o próprio Fried parece sugerir,⁶⁵ não só de Análise Econômica do Direito se faz o debate teórico anglo-americano contemporâneo sobre o direito contratual. Diversas teorias procuram hoje compreender o fenômeno jurídico contratual e elas variam desde perspectivas como a de James Gordley, que empreende um esforço histórico-filosófico de basear o direito contratual nas virtudes aristotélicas recuperadas pelos jusnaturalistas da idade moderna,⁶⁶ até a teoria que, baseando-se em considerações consequencialistas, entende que o contrato pode funcionar como mecanismo de justiça distributiva, como Anthony

⁶² FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship — Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2015, p. 139.

⁶³ Na análise de Eric Posner, o próprio Gilmore faria essa correlação em seu livro *"The Death of Contract"*, ao seu ver, inclusive, exageradamente. Cf. POSNER, Eric. Contract Theory. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William (Eds.). *The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory*. Malden: Blackwell, 2005, p. 114. Ela também é assumida por Atiyah. Cf. ATIYAH, Patrick Selim. Contracts, promises and the law of obligations. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 11. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, no mesmo sentido, identifica a construção dessas teses com o período histórico no qual seus principais representantes estão contextualizados (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43).

⁶⁴ Sobre a correlação entre a importância da ideia de confiança no direito contratual e a massificação da sociedade, sobretudo no âmbito do consumo, vale destacar, na doutrina brasileira, o trabalho de Cláudia Lima Marques. Cf., a propósito, MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *passim*.

⁶⁵ Essa inferência é feita com base na leitura do texto *"Contract as promise in the light of subsequent scholarship—Especially Law and Economics"*, no qual o autor parece presumir uma certa hegemonia teórica da Análise Econômica contemporaneamente. Cf. FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship — Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2015, *passim*.

⁶⁶ GORDLEY, James. *Foundations of Private Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 287-413, *passim*, sobretudo p. 287-297.

Kronman.⁶⁷ Em meio a diversas propostas concorrentes, no salutar jogo científico das hipóteses e refutações, não apenas o mérito das propostas em si se aprimora, mas a própria forma de se pensar teoricamente o direito contratual se refina.

Com a evolução do pensamento teórico, pode até ser que as formulações da teoria da confiança, hoje tão antigas, não sejam elegantes como as propostas contemporâneas. Isso, no entanto, não deslegitima o poder de seus argumentos que, a rigor, não foram refutados de forma suficiente para que possam ser considerados superados. Por outro lado, constatando-se que a teoria da confiança em determinado momento se alijou do debate, sem que tenha sido refutada a contento, é válido retomar seus pressupostos à luz do refinamento teórico que se agregou pelas teorias contemporâneas.

A propósito desse refinamento, um marco contemporâneo no que se refere ao método de se pensar teoricamente o direito contratual pode ser identificado na obra de Peter Benson. O autor publicou recentemente uma obra que, consolidando as premissas lançadas em artigos publicados no lapso de três décadas e avançando a sua reflexão, propõe fundamentar o direito contratual na ideia de transferência de titularidades sobre bens ou direitos.⁶⁸ Apesar de sustentar uma visão própria, e não de todo pacífica,⁶⁹ de se encarar o fenômeno jurídico contratual, a maior contribuição de Benson é a elaboração da premissa de que as teorias do contrato deveriam buscar oferecer uma "base pública de justificação" ao direito contratual tal como ele se estrutura no direito positivo.

O que Benson caracteriza como a busca de uma "base pública de justificação" é a construção de um esquema teórico que propõe identificar no direito contratual vigente os princípios subjacentes à base normativa comum que explique e justifique as regras de interação entre indivíduos livres e iguais.⁷⁰ Essa base normativa, por estar inscrita nas práticas corriqueiras, seria tida como razoável por todos aqueles que a ela se submetem, compreendendo-se por razoável a medida de justiça das normas que os indivíduos

⁶⁷ KRONMAN, Anthony. Contract law and distributive justice. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 89, n. 3, p. 472-511, 1980, *passim*.

⁶⁸ Trata-se do extenso livro "*Justice in Transactions: a theory of contract law*". BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019. Para uma interessante resenha do livro, cf. DAGAN, Hanoch. Two visions of contract. *Michigan law review*, Ann Arbor, n. 119, p. 1247-1268, 2021, *passim*.

⁶⁹ A teoria proposta por Benson, conforme será adiante explanado, pode ser categorizada como uma "teoria do contrato como transferência", que é alvo de críticas poderosas no debate da teoria contratual contemporânea.

⁷⁰ BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 14.

aceitam se submeter e esperam que seus iguais também se submetam.⁷¹ Essa base comum, pautada na ideia do razoável é, nessa concepção, o pressuposto para legitimar a coerção estatal de que dispõem as normas reguladoras das relações contratuais.⁷²

Uma teoria do direito contratual que procura identificar a base pública de justificação, nesse sentido, supera a dicotomia entre teorias normativas – que propõe que o direito positivo se conforme a determinada premissa moral – e teorias interpretativas – que buscam extrair determinados princípios pela interpretação das disposições de direito positivo.⁷³ Sua proposta é refletir sobre o direito contratual buscando identificar os elementos normativos ínsitos à própria conformação do direito positivo vigente e compreender sua relação com os princípios morais de justiça extraídos dessa base normativa comum, pautadas na lógica do razoável.⁷⁴ Destarte, os atributos de uma teoria que se preste a oferecer uma base pública de justificação são (i) a aceitabilidade moral, pautada na lógica do razoável e (ii) a compatibilidade com o direito positivo vigente.

Como afirmado acima, ainda que tenha sido de certo modo esquecida, a teoria da confiança jamais foi adequadamente refutada. Nesse sentido, é interessante aproveitar o arcabouço metodológico trazido por Benson com sua proposta de analisar o direito contratual sob o prisma da busca da uma base pública justificação e testar a adequabilidade da teoria da confiança nesses termos. Isso significa, conforme os atributos isolados acima, (i) ponderar a sua aceitabilidade na perspectiva da moral do razoável, bem como (ii) a sua capacidade de explicar a conformação do direito contratual tal como ele se estabelece no direito positivo.

Benson intentou fazê-lo em seu primeiro artigo a tratar sobre a proposta de uma base pública de justificação para o direito contratual, publicado ainda em 1999. Em referido artigo, intitulado "*The idea of a public basis of justification for contract*",⁷⁵ o autor testa a adequabilidade da teoria da confiança, dentre outras teorias em voga à época, como base pública de justificação para o direito contratual, refutando cada uma delas. Por esta razão é que o autor avança na proposta de uma teoria própria, baseada na ideia central

⁷¹ BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 15.

⁷² BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 12.

⁷³ BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 12.

⁷⁴ BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 12.

⁷⁵ BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 33, n.2, p. 273-336, 1995, *passim*.

de que o contrato seria um mecanismo de transferência de titularidades.⁷⁶ Entretanto, tem-se que a sua refutação da teoria da confiança não é feita a contento, conforme será demonstrado adiante. Portanto, por um argumento de coerência para com o próprio esquema teórico do autor, é válido recuperá-la e, novamente, testá-la sob a perspectiva de sua adequabilidade como base pública de justificação.

A refutação de Benson à teoria da confiança se apoia em um único eixo crítico. O autor toma por base a conformação proposta por Goetz e Scott, mas sua crítica direciona-se a um pressuposto da teoria da confiança em geral. Segundo Benson, a premissa segundo a qual o que determina a responsabilidade jurídica é a confiança depositada na conduta daquele que se verá obrigado confrontaria com uma exigência moral de que toda assunção de responsabilidade deve derivar do consentimento. Imputar responsabilidade jurídica a um indivíduo por conta da confiança depositada por outrem em seu plano de conduta não seria compatível com esse princípio, que Benson entende como anterior a qualquer outra consideração que pudesse justificar a tutela da confiança.⁷⁷

Essa crítica, no entanto, é insuficiente por duas razões. A primeira delas é a equivocada compreensão de Benson de que a confiança a que autores como Goetz e Scott se referem seria um estado mental subjetivo da parte que confia. A confiança em questão não é essa. Toda a teoria da confiança, desde sua criação, se baseia em premissas objetivistas, erigidas, inclusive, em contraponto à teoria clássica, calcada na ideia de vontade.⁷⁸

Por confiança, no léxico da teoria aqui defendida, entende-se a expectativa que um sujeito diligente e probo depositaria na conduta de seu semelhante, com base em circunstâncias e padrões de conduta compartilhados pela comunidade de pessoas do universo em análise.⁷⁹ A propósito, vale reproduzir a seguinte reflexão de Atiyah, central à compreensão da teoria da confiança. O autor afirma que uma parte em um contrato

⁷⁶ As principais premissas dessa proposta já se identificavam no artigo "The idea of a public basis of justification for contract" e encontra sua versão mais recente no livro "Justice in transactions: a theory of contract law".

⁷⁷ BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 33, n. 2, p. 273-336, 1995, p. 301-302.

⁷⁸ A propósito o texto fundamental de Atiyah, que erige a teoria da confiança como um contraponto objetivista à teoria clássica, que, de forma alheia à própria realidade subjacente ao direito positivo, procura justificar o contrato em bases subjetivista (ATIYAH, Patrick Selim. *Contracts, promises and the law of obligations*. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001m, *passim*).

⁷⁹ A ideia de confiança aqui tratada se aproxima da noção moderna subjacente ao princípio da boa-fé em seu sentido objetivo, já bem desenvolvido e teorizado na doutrina do *civil law*. A boa-fé objetiva, segundo Menezes Cordeiro, tem sua fundamentação na ideia de confiança nos termos acima explorados. Assenta-se ela em um padrão de conduta, variável a depender do contexto em que se insere a relação contratual, que autoriza a um sujeito diligente e probo a confiar que, ao depositar sua confiança em determinada expectativa, terá a tutela do ordenamento jurídico caso seja ela frustrada (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, *passim*, sobretudo p. 1234-1251).

[...] é obrigada não tanto por aquilo que ela pretende, mas por aquilo que ela faz. Tal qual o homem que deve pagar a passagem porque sobe no ônibus, o homem que assina um contrato escrito é responsável por aquilo que ele faz e não por aquilo que ele pretende. E ele é responsável por aquilo que ele faz pela boa razão de que outras partes provavelmente confiarão naquilo que ele faz de formas que são razoáveis e mesmo necessárias pelos padrões de nossa sociedade⁸⁰ [tradução nossa].

Com efeito, conforme se verifica-se do excerto acima, a teoria da confiança é, por excelência, uma teoria objetivista. Noutros termos, não importa a subjetividade daquele que confiou. Independe se, de fato houve, em seu íntimo, a confiança. O que importa é o contexto objetivo de uma situação em que confiar seria razoável. É esta a confiança a que faz referência a teoria aqui defendida. Portanto, a crítica de Benson revela-se insubsistente.

Chega-se então à segunda razão: uma vez compreendida a confiança em um sentido objetivo, não subsiste a crítica da unilateralidade de imposição de responsabilidade jurídica ao arrepio do princípio de que toda responsabilidade deve ser voluntariamente assumida. Se a confiança que tem relevância jurídica é a tomada em sentido objetivo, sua criação e potenciais condutas que a ensejam são dados cognoscíveis a qualquer ator do contexto socioeconômico em que a relação contratual se verifica. Nesse sentido, a criação de confiança em outrem é um ato controlável pela parte ensejadora, que bem pode abster-se de fazê-lo, alterando seu plano de ação. Tem aqui pertinência a invocação da ideia do razoável, proposta pelo próprio Benson. É razoável aquilo que um sujeito aceita que seja imposto a si pois pretende que a mesma regra seja aplicada a seus semelhantes.⁸¹ Portanto, é razoável a atribuição de responsabilidade contratual a um sujeito naquelas situações em que ele próprio, compreendido como um agente diligente e probo, caso estivesse na mesma posição de sua contraparte, julgasse adequada a sua responsabilização.

O argumento de que não seria moralmente consistente responsabilizar um sujeito a não ser quando ele tivesse assumido para si essa responsabilidade, conforme Benson parece sugerir, acabaria por refutar também a consistência moral da responsabilidade civil

⁸⁰ No original: "[...] is bound not so much because of what he intends but because of what he does. Like the man who is bound to pay his fare because he boards a bus, the man who signs a written contract is liable because of what he does rather than what he intends. And he is liable because of he does for the good reason that other parties are likely to rely upon what he does in a way which are reasonable and even necessary by the standards of our society" (ATIYAH, Patrick Selim. *Contracts, promises and the law of obligations*. In: ATIYAH, Patrick Selim. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 22).

⁸¹ BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 15.

delitual. Isso é algo que um autor como Benson, que vê no direito positivo um valor normativo *a priori*,⁸² jamais cogitaria, dada a consolidação histórica e teórica dessa categoria e sua consagração na prática jurídica tanto do *common law* quanto do *civil law*. A rigor, aquele que causa um dano não assume voluntariamente a responsabilidade de indenizar. Sem embargo, a razoabilidade – ideia tão cara ao próprio Benson – impõe que esse dano seja indenizado por seu causador. Isso porque aquele que causa o dano, caso estivesse na posição daquele que o sofreu aceitaria, e mesmo exigiria, a responsabilização daquele que o prejudicou, à medida de seu dano. Outrossim, essa objeção não se sustenta dentro do próprio substrato sobre o qual Benson erige sua teoria.

Com essas duas razões, parece claro que a refutação bensoniana à teoria da confiança não foi feita a contento. Tomada em sentido objetivo, a confiança é um dado cognoscível e controlável pela parte que a ensejou. Por esta razão, é difícil compreender como arbitrária a imposição de responsabilidade a um sujeito que venha a ensejar – e, em seguida, frustrar – confiança legítima em outrem. A não ser que se busque argumentar que a responsabilidade delitual seria em si uma contradição em termos, o que Benson decerto não subscreve.

Por um argumento de coerência, derrubada a refutação à teoria da confiança, justificase recuperá-la e retomar o debate sobre a sua adequação como uma base pública de justificação. Essa noção, como já explanado, congrega a aceitabilidade de pressupostos morais dentro da lógica do razoável com a sua compatibilidade com o direito positivo vigente. A força dos pressupostos morais da teoria da confiança é um argumento que milita em favor de sua adequabilidade como uma base pública de justificação do direito contratual. O atributo central dessa teoria reside no respeito ao princípio do dano (*harm principle*). Formulado por John Stuart Mill, esse princípio postula não ser moralmente aceitável que o Estado interfira na esfera de liberdade do indivíduo senão para reparar

⁸² Benson adota uma postura conservadora em relação ao direito positivo, sustentando que a prática reiterada do *common law* na solução de problemas levaria a um aperfeiçoamento que conferiria às regras positivas - tais como se estruturaram historicamente - uma presunção de validade normativa. Em suas palavras: "*It is difficult to believe that systems of contract law that have arrived at general and intelligible principles on the basis of sustained collective analysis and reasoning over centuries and across jurisdictions do not contain within themselves, even latently, normative ideas and reasons that can be suitably explored and perhaps explained in their own terms*". Em nossa tradução: "É difícil acreditar que sistemas de direito contratual que chegaram a princípios gerais e inteligíveis na base de um pensamento e de uma análise coletiva sustentada por séculos e que transcende jurisdições não contenham em si, ainda que de forma latente, ideais e razões normativas que possam ser exploradas e, talvez, explicadas de forma satisfatória em seus próprios termos". Cf. BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 4.

ou evitar a ocorrência de um dano a outrem.⁸³ Stuart Mill apresenta o princípio do dano como:

[...] um princípio bem simples, que tem o poder de governar de forma absoluta as relações da sociedade com o indivíduo no que se refere à compulsão e o controle, seja por meio da força física, na forma de penalidades legais ou pela coerção moral da opinião pública. Esse princípio é o de que o único fim para o qual à humanidade é garantido, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um de seus membros é a autoproteção. De que o único propósito para o qual o poder pode corretamente ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir danos a outrem⁸⁴ [tradução nossa].

Referido princípio é amplamente aceito pelas teorias morais⁸⁵ e, em que pese ter sido formulado por um notável teórico utilitarista, tem suas bases solidamente assentadas nos postulados liberais de matriz kantiana,⁸⁶ que explicam o direito como um método de coordenação entre os arbítrios de indivíduos igualmente livres.⁸⁷

Em se tratando de direito contratual, nada justifica, sob uma perspectiva liberal, que o Estado intervenha na esfera de liberdade do indivíduo para coagi-lo apenas para manter o valor moral da promessa, por exemplo, e não para evitar a causação de um dano a outrem. Nesse ponto, a teoria da confiança segue normativamente vantajosa mesmo em relação às propostas mais contemporâneas de se compreender o contrato baseado nas

⁸³ BRINK, David. Mill's Moral and Political Philosophy. In: ZALTA, Edward (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2018, *passim*.

⁸⁴ No original: "*The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others*" (STUART MILL, John. *On liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 13).

⁸⁵ Conforme diagnóstico de Joseph Raz. RAZ, Joseph. Promises in morality and law. *Harvard law review*, Cambridge, n. 95, p. 916-938, 1982. p. 934-937.

⁸⁶ SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. 4th series. New York: Oxford University Press, 2000, p. 109-110, sobretudo na nota n. 7 da página 110.

⁸⁷ Essa conclusão pode ser extraída, sobretudo, da leitura dos "Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito" de Kant, que consiste na primeira parte da Metafísica dos Costumes. Cf. KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. 3^a ed. São Paulo: Edipro, 2017. Para aprofundamentos sobre a compreensão kantiana de liberdade e igualdade, que se coadunam amplamente com a formulação do princípio do dano de Stuart Mill, cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. 2^a ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 243-251.

noções de vontade e autonomia⁸⁸ e, *a fortiori*, à incoerente perspectiva “voluntarista mitigada” presente na doutrina brasileira.

Benson está consciente da crítica de que as teorias baseadas na promessa e na vontade não respeitam o princípio do dano.⁸⁹ Por esta razão, busca construir sua proposta teórica de modo a contornar essa fragilidade. Se, pelo princípio do dano, ou, como Benson o constrói, o princípio da *liability for misfeasance only*,⁹⁰ a intervenção estatal apenas se justificaria para evitar ou reprimir a causação de um dano, o autor resolve esse desafio ao estruturar a proposição de que, logo na formação do contrato, haveria uma transferência da titularidade da prestação prometida do promitente para o promissário.⁹¹ Nesse sentido, após a formação contratual, caso o promitente falhe em cumprir com sua promessa, isso equivaleria a uma ofensa às titularidades do promissário. O inadimplemento equivaleria, portanto, a uma forma de esbulho.⁹² Por esta razão, dentro do princípio da justiça corretiva, seria legítima a intervenção estatal para garantir a obrigatoriedade dos contratos. Os comentadores da obra de Benson alinham, para a sua linha de pensamento, o rótulo de “teoria do contrato como transferência”.⁹³

Ocorre que a teoria proposta por Benson contém uma grave inconsistência. Conforme bem apontado por Stephen Smith, a ideia de transferência pressupõe algo preexistente a ser transferido. Entretanto, o objeto do contrato é a prestação prometida, e não o bem ou o direito subjacente a essa prestação em si. Nesse sentido, quando da celebração do

⁸⁸ Stephen Smith faz coro a esta compreensão. Cf. SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. 4th series. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 116.

⁸⁹ Ele o aponta, utilizando sua versão específica do princípio do dano, abaixo abordada, a propósito da crítica à teoria de Charles Fried. Cf. BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 33, n.2, p. 273-336, 1995, p. 312.

⁹⁰ Em tradução livre, “responsabilidade pelo mal feito apenas”. Essa é uma ideia central da teoria de Benson. Sua formulação se assemelha ao princípio do dano, na medida que estatui que a responsabilidade jurídica entre privados somente pode surgir pela violação de um dever que é imposto por um correlativo direito que visa a tutelar uma titularidade daquela pessoa que seria prejudicada caso o dever fosse descumprido e o direito violado. Nessa perspectiva, o autor estatui que, no direito privado, apenas haveria responsabilidade pelo cometimento de um ilícito (entendido como violação de direitos alheios) – *misfeasance* – e não pela omissão na concessão de um benefício – *nonfeasance*. Para a elaboração analítica desse princípio por Benson, cf. BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 33, n.2, p. 273-336, 1995, p. 314-316.

⁹¹ Os primeiros lineamentos dessa construção são sugeridos no artigo *The Idea of a Public Basis Of Justification For Contract* e adquire sua conformação final no livro *Justice in Transactions*. Cf. BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 33, n.2, p. 273-336, 1995, p. 319. BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, *passim*.

⁹² Essa analogia, que tem na clareza a sua virtude, é de Stephen Smith. SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. 4th series. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 119.

⁹³ No inglês, “*transfer theories of contract*”. A propósito, cf. SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. 4th series. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 118-120; DAGAN, Hanoach. Two visions of contract. *Michigan law review*, Ann Arbor, n. 119, p. 1247-1268, 2021, *passim*.

contrato, transfere-se algo que antes não existia: o direito de exigir juridicamente a prestação. Este, com efeito, é um direito que jamais pertenceu ao promitente, posto sequer existir em momento anterior à formação do contrato e, mais, antes da constatação do inadimplemento. Ele surge para o promissário em razão do contrato, mas não é lógico pensar que esse direito lhe tenha sido transferido pelo promitente. Daí a fragilidade da teoria do contrato como transferência, que é defendida por Benson como apta a oferecer uma base pública de justificação. Ao que parece, essa inconsistência interna que, conforme observado por Smith, ignora "a intuição do senso comum de que o contrato se diferencia de uma mera atribuição de direitos",⁹⁴ milita contra a aceitabilidade normativa da teoria do contrato como transferência como uma base pública de justificação.

A teoria da confiança não padece dessa mesma dificuldade. Nela o contrato não cria *ex nihilo* uma titularidade do promitente ao promissário. Pelo contrário, para a teoria da confiança, a relevância jurídica do contrato apenas se verifica no caso de inadimplemento, quando da frustração da confiança decorra, presuntivamente, um dano potencial ou atual, criando para o promissário o direito de exigir a prestação ou reclamar perdas e danos. O que se verifica é a repressão de uma situação antijurídica pela intervenção estatal, visando evitar ou sancionar a ocorrência de um dano na esfera de um sujeito de direitos. Nesse sentido, sua formulação é mais coerente do que a proposta bensoniana de interpretar o contrato como transferência.

Uma última crítica que poderia ser endereçada à teoria de confiança, que, na verdade, não se conforma como uma crítica, mas sim como uma observação, é o fato de que os pressupostos da teoria da confiança tornariam indistintas as figuras do contrato e do delito. Se a frustração da confiança é compreendida como um dano que incumbe ao direito contratual remediar, este não diferiria do direito dos delitos civis, que busca remediar um dano decorrente de uma violação à propriedade, a direitos da personalidade etc.

De fato, essa constatação é correta. Isso, entretanto, nada desabona a teoria da confiança. Inicialmente, inexistente uma real indistinção das figuras do contrato e do delito, o que se tem na teoria da confiança é uma comunhão de fundamentos teóricos que animam os campos do direito destinados a regular juridicamente ambas as figuras. Ademais,

⁹⁴ "[...] common sense intuition that a contract is different form a mere assignment of rights" (SMITH, Stephen. *Towards a theory of contract*. In: HORDER, Jeremy (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. 4th series. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 120).

compreender a violação do contrato *grosso modo* como uma espécie de delito, nesse sentido, nada mais faria do que considerar que as situações de inadimplemento conformariam mais um entre tantos delitos previstos pelo *common law*.⁹⁵ Nessa ótica, as especificidades do direito contratual em termos probatórios, de hipóteses de cabimento de sua invocação, diferentes prazos prescricionais etc. não seriam argumentos válidos para desacreditar a teoria da confiança. Os delitos são em si diversos e a conformação dogmática de cada um deles varia a depender das circunstâncias trazidas pelos precedentes que, cumulativamente, o forjaram como hipótese de *case law* para a responsabilidade delitual. O inadimplemento do contrato seria um delito entre tantos. É verdade, talvez seja o contrato o delito mais diferenciado entre os demais delitos. Entretanto, isso não significa que seja absurdo compreendê-lo teoricamente desta forma. De qualquer modo, esse argumento, por situar no plano da observação das categorias do direito positivo, não coloca uma verdadeira contestação à proposta teórica aqui sustentada.

7. Conclusão

Tendo sido demonstrado que a teoria da confiança foi alijada do debate teórico contemporâneo sem que tenha sido refutada a contento, apontou-se a necessidade de retomar suas premissas dentro da ideia de busca de uma base pública de justificação.

Nesse particular, verificou-se que ela não apenas detém a vantagem de ser normativamente mais atrativa dos que as teorias baseadas na promessa e na vontade, dado o respeito ao princípio do dano, mas também se revela superior à própria proposta de Benson, do contrato como transferência, haja vista não compartilhar das fragilidades de referida teoria. Nessa linha, por um argumento de coerência interno à própria proposta metodológica de Benson, a teoria da confiança deve ser tida como um dado a ser considerado na elaboração de uma base pública de justificação para o direito contratual.

Se no plano da aceitabilidade moral ela revela-se inclusive mais adequada do que a construção bensoniana do contrato como transferência, resta ainda testar sua adequabilidade na perspectiva da compatibilidade com o direito positivo vigente antes

⁹⁵ No *common law*, diferentemente da tradição brasileira na qual existe uma cláusula geral de responsabilidade civil (arts. 186 e 187 c/c art. 927 do Código Civil brasileiro), os delitos (denominados *torts*) são típicos, diferenciando-se em suas particularidades regulamentares e hipóteses de verificação. A propósito, cf. VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado* – Vol. II: Obrigações. São Paulo: Almedina, 2018, p. 398-399.

de sentenciar sua primazia teórica como modelo a oferecer ao direito contratual uma base pública de justificação.⁹⁶ Decerto que até aqui muito se falou das teorias do direito contratual tomando-se por pano de fundo o direito das jurisdições de *common law*. Isso se justifica, pois, a explanação da teoria da confiança apresentada se baseou amplamente nas considerações particulares daquela tradição que geraram as condições de possibilidade para o seu desenvolvimento.

Entretanto, libertada de sua genealogia, sua estruturação teórica presta-se a justificar moralmente o direito contratual tanto no contexto específico de seu surgimento – o *common law* – quanto no contexto do *civil law*. Isso é verdade pois, em que pese as peculiaridades em termos de tradição jurídica, tanto as jurisdições de uma quanto a de outra família são perpassadas pelos valores ocidentais do liberalismo político e econômico, ou, como prefere James Gordley, remete-se, ainda, ao elo mais remoto do pensamento jusnaturalista, inspirado pelas ideias aristotélico-tomistas.⁹⁷

Nesse sentido, o argumento mais forte a subsidiar a teoria da confiança – qual seja, a aceitabilidade moral em razão do respeito ao princípio do dano – é um elemento que serve bem a justificações teóricas do direito contratual em ambas as tradições, posto se assentar nas razões abstratas que constituem um cerne comum a ambas. O próprio Benson, em sua proposição metodológica, admite que a busca da adequação normativa seria transponível entre jurisdições, enquanto apenas a testagem da compatibilidade da

⁹⁶ Em seu livro mais recente, *Justice in Transactions*, para além dos atributos da aceitabilidade moral e da compatibilidade com o direito positivo, Benson coloca como um terceiro atributo de uma base pública de justificação aquilo que ele denomina a "estabilidade" da teoria em confronto com outros âmbitos da sociedade. O autor contrasta sua proposta com (i) a moralidade da promessa, (ii) o mercado e (iv) as demandas da justiça distributiva. Pelos limites traçados pelo objetivo do presente trabalho, não será explorada a estabilidade da teoria da confiança em confronto com esses âmbitos. Justifica-se o recorte pois essa análise demandaria um amadurecimento da teoria da confiança no debate teórico brasileiro, tal como a proposta de Benson pôde amadurecer no plano teórico do *common law* nas últimas décadas. Ademais, em que pese o mérito de se buscar a compatibilização com outros âmbitos, em um notável esforço de interdisciplinaridade, as categorias propostas por Benson, bem como suas conclusões, não parecem de todo pacíficas. A limitação às três categorias acima indicadas parece arbitrária, dada a pretensão de uma teoria geral. Ademais, a posição tomada por Benson no que se refere à compatibilização de sua teoria com as demandas de justiça distributiva apela ao argumento da "divisão institucional do trabalho", pelo qual o direito privado como um todo e, portanto, o direito contratual, estaria eximido de desempenhar um papel na redistribuição de riquezas, o qual deveria, por uma consideração de eficiência, limitar-se à tributação. Cf. BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2019, p. 395-476, sobretudo p. 395-395; sobre a questão da relação entre contrato e justiça distributiva, *idem*, p. 448-476. Essa linha de argumentação não é pacífica, e o autor não parece considerar os contra-argumentos existentes, v. g. SCHEFFLER, Samuel. *Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law*. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015, *passim*; ZANITELLI, Leandro Martins. Rawls and private law. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 28, p. 59-76, 2019, *passim*; ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado e justiça: o argumento da divisão institucional do trabalho. *Philosophos – Revista De Filosofia*, Goiânia, v. 24, n. 2, p. 73-96, 2020, *passim*. Para uma análise da relação do direito contratual com as demandas da justiça distributiva, cf. ZANITELLI, Leandro Martins. Direito contratual, justiça distributiva e virtudes cívicas. *Revista Sapere Aude*, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 406-424, 2018, *passim*.

⁹⁷ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 1-9.

proposta com o direito positivo seria mais específica à tradição jurídica do *common law*.⁹⁸

A testagem do segundo atributo de uma base pública de justificação – a compatibilidade com o direito positivo – tanto sob a ótica das jurisdições de *common law* quanto pela perspectiva do direito civil brasileiro – decerto seria uma empreitada muito bem vinda a fim de reforçar o ponto ora proposto.⁹⁹ Entretanto, foge aos limites do presente artigo, que se contenta em apenas lançar algumas reflexões sobre a justificação teórica do direito contratual, terra ainda pouco explorada pela doutrina brasileira.

Referências bibliográficas

- ATIYAH, Patrick Selim. Contracts, promises and the law of obligations. *In: Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- ATIYAH, Patrick Selim. Executory contracts, expectation damages and the Economic Analysis of Contract. *In: ATIYAH, Patrick Selim. Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- ATIYAH, Patrick Selim. Fuller and the theory of contract. *In: Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- ATIYAH, Patrick Selim. The liberal theory of contract. *In: ATIYAH, Patrick Selim. Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- ATIYAH, Patrick Selim. The modern role of contract law. *In: ATIYAH, Patrick Selim. Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- BARNETT, Randy. Foreword: Is reliance still dead? *San Diego law review*, n. 38, p. 1-12. San Diego, 2001.
- BARNETT, Randy. The death of reliance. *Journal of legal education*, v. 46, n. 4, p. 518-536. New York, 1996.
- BENSON, Peter. Contract. *In: PATTERSON, Denis (Ed.). 2ª ed. A companion to philosophy of law and legal theory*. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.
- BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019.
- BENSON, Peter. The expectation and reliance interests in contract theory: a reply to Fuller and Perdue. *Issues in legal scholarship*, v. 1, n. 1. Berlin, jun. 2001.
- BENSON, Peter. The idea of a public basis of justification for contract. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 33, n.2, p. 273-336. Toronto, 1995.
- BIX, Brian. *Contract law: rules, theory and context*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 4. ed. St. Paul: West Publishing, 1968.

⁹⁸ BENSON, Peter. *Justice in transactions: a theory of contract law*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2019, p. 29-30.

⁹⁹ Há autores como Stephen Smith que sugerem uma suposta incompatibilidade da teoria da confiança com o direito positivo do *common law*, sendo essa uma das principais críticas endereçadas à teoria. Entretanto, essa constatação não parece derivar de uma perquirição exaustiva e tampouco sistemática do tema. SMITH, Stephen. Towards a theory of contract. *In: HORDER, Jeremy (Ed.). Oxford essays in jurisprudence*. 4th series. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 117-118.

- BRINK, David. Mill's Moral and Political Philosophy. In: ZALTA, Edward (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2018.
- DAGAN, Hanoch. Two visions of contract. *Michigan Law Review*, n. 119, p. 1247-1268. Ann Arbor, 2021.
- FRIED, Charles. Contract as promise in the light of subsequent scholarship — Especially Law and Economics. In: FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2015.
- FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2015.
- FULLER, Lon; PERDUE, William. The reliance interest in contract damages: part. 1. *Yale law journal*, New Haven, v. 46, n. 1, p. 52-96, 1936.
- GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2^a ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.
- GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Enforcing promises, an examination of the basis of contract. *Yale law journal*, v. 89, n. 7, p. 1261-1322. New Haven, 1980.
- GORDLEY, James. *Foundations of Private Law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- HOGG, Martin. Competing theories of contract. In: DIMATTEO, Larry *et al.* (Eds.). *Commercial Contract Law: transatlantic perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.
- KRAMER, Adam. *Contract law: an index and digest of published writings*. Portland: Hart Publishing, 2010.
- KRONMAN, Anthony. Contract law and distributive justice. *Yale law journal*, v. 89, n. 3, p. 472-511. New Haven, 1980.
- MARKOVITS, Daniel. Theories of the common law of contracts. In: ZALTA, Edward. (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Palo Alto: Stanford Center for Study of Language and Information, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017.
- PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo: Almedina, 2017.
- POSNER, Eric. Economic Analysis of Contract Law after three decades: success or failure? *Yale law journal*, v. 112, p. 829-880, New Haven, 2003.
- POSNER, Eric. Contract Theory. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William (Eds.). *The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory*. Malden: Blackwell, 2005.
- RAZ, Joseph. Promises in morality and law. *Harvard law review*, n. 95, p. 916-938. Cambridge, 1982.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- SCHEFFLER, Samuel. Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 35, n. 2, p. 213-235, 2015.

- SILVA FILHO, Osny. Contract as inequality. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 12, p. 89-107, 2017.
- SILVEIRA, Sheila Stolz da. El positivismo jurídico exclusivo. una introducción a la teoría de Joseph Raz. *Revista Jurídica - CCJ/FURB*, Blumenau, v. 12, n. 23, p. 25-43, 2008.
- SMITH, Stephen A. 'The reliance interest in contract damages' and the morality of contract law. *Issues in legal scholarship*, Berlin, v. 1, n. 1, p. 1-38, 2001.
- SMITH, Stephen A. Towards a theory of contract. In: HORDER, Jeremy (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. 4th series. New York: Oxford University Press, 2000.
- STUART MILL, John. *On liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001.
- TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, a. 1, n. 1, p. 525-572. Lisboa, 2012.
- TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, vol. II: Obrigações. São Paulo: Almedina, 2018.
- LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- WALKER, Mark Pickersgill. Grant Gilmore e “a morte do contrato”: o ciclo de vida da “clássica” teoria geral dos contratos estadunidense. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 20, p. 193-222. São Paulo, 2019.
- ZANITELLI, Leandro Martins. Direito contratual, justiça distributiva e virtudes cívicas. *Revista Sapere Aude*, v. 9, n. 18, p. 406-424. Belo Horizonte, 2018.
- ZANITELLI, Leandro Martins. Direito privado e justiça: o argumento da divisão institucional do trabalho. *Philosophos – Revista De Filosofia*, v. 24, n. 2, p. 73-96. Goiânia, 2020.
- ZANITELLI, Leandro Martins. Rawls and private law. Rio de Janeiro: *Revista Juris Poiesis*, v. 22, n. 28, p. 59- 76, 2019.

Como citar:

COLOMBI, Henry. *Reliance theory: uma justificativa para o direito contratual*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.

**civilistica.com**

Recebido em:

25.3.2024

Aprovado em:

6.7.2024