

CLÁUSULAS CONTRATUAIS IMPLÍCITAS NA TEORIA DE PETER BENSON

IMPLIED TERMS IN PETER BENSON'S THEORY OF CONTRACT LAW

André Miguel Abdo Fidélis de Paula¹

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a teoria de Peter Benson sobre cláusulas contratuais implícitas, conforme exposta pelo seu livro *Justice in Transactions*, publicado em 2019. Nesse livro, Benson propõe uma nova teoria do direito contratual baseada exclusivamente nos elementos intrínsecos às transações. Ao lidar com a difícil tarefa de desenvolver uma teoria da *implication* (a tarefa de depreender cláusulas contratuais implícitas), Benson defende que teorias neutras quanto ao conteúdo dos contratos (ou seja, teorias que, como a sua própria, versam sobre o conteúdo de um contrato sem determinar como ele deveria ser) não precisariam recorrer a princípios externos e que seria possível justificar a *implication* com base em um conceito particular de razoabilidade, um princípio intrínseco às transações. O artigo examina a teoria da *implication* de Benson em sua consistência interna, em sua efetiva aplicação pelos tribunais e em sua eficácia ao determinar o conteúdo implícito dos contratos (três dimensões da teoria alegadas pelo autor), e conclui que, embora a teoria seja internamente coerente e tenha aplicação real na *common law*, ela é incapaz de solucionar satisfatoriamente questões relativas à alocação de riscos e, por isso, gera casos em que resultados contrários seriam igualmente razoáveis.

PALAVRAS-CHAVE

Direito contratual - Cláusulas implícitas - Razoabilidade - Benson.

ABSTRACT

This article aims to analyze Peter Benson's theory of implied contractual terms and conditions, as expounded by his book *Justice in Transactions*, published in 2019. In this book, Benson proposes a new theory of contract law based exclusively on the intrinsic elements of transactions. When dealing with the difficult task of developing a theory of *implication*, Benson states that content-neutral theories (i.e., theories that, such as his own, determine a contract's content without determining what content it should have) do not need to resort to external principles. Also according to Benson, *implication* is grounded on a particular definition of the reasonable, a principle intrinsic to transactions. This article examines Benson's theory of *implication* in its internal consistency, in its effective application by the courts, and in its effectiveness in accurately determining a contract's implied terms and conditions (three dimensions of the theory that are pointed out by the author). I conclude that, although the theory is internally consistent and applied by the courts, it is unable to satisfactorily solve problems regarding risk allocation, therefore giving rise to cases where opposite results would be equally reasonable.

KEYWORDS

Contract law - Implied causes - Reasonable - Benson.

SUMÁRIO

Introdução. 1. As bases da teoria de Benson em *Justice in Transactions*. 1.1. A transferência de *Ownership*. 1.2. O teste objetivo. 1.3. A doutrina da *Consideration*. 2. Fundamentos da *Implication* segundo Benson. 2.1. O desafio de Craswell. 2.2. O afastamento do paradigma das normas integrativas. 2.3. A resposta de Benson a Craswell. 3. Análise crítica de precedentes. 3.1. *Kingston V. Preston* (1773). 3.1.1. Início da análise do caso. 3.1.2. Presunção ou imputação de razoabilidade? 3.2. *Jacob & Youngs V. Kent* (1921). 3.3. *The Moorcock* (1889). 4. A impossibilidade e a frustração segundo Benson. 4.1. Impossibilidade: *Taylor V. Caldwell* (1863). 4.2. Frustração: *Krell V. Henry* (1903). 5. A alocação de riscos e a *Unconscionability*. 5.1. A razoabilidade de Benson e os riscos do contrato. 5.2. A doutrina da *Unconscionability* como potencial solução. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: PAULA, André Miguel Abdo Fidélis de. Cláusulas contratuais implícitas na teoria de Peter Benson. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 8, n. 1, Porto Alegre, p. 52-79, dez. 2023.

INTRODUÇÃO

Na obra *Justice in Transactions*, publicada em 2019, Peter Benson se dedica a construir uma teoria de justificativa pública do direito contratual vigente que não recorra a princípios extrínsecos, tais como a justiça distributiva, e sim se atenha aos elementos internos

às próprias transações. A isso o autor dá o nome de “abordagem puramente transacional do direito contratual”. Com ela, Benson procura verificar a possibilidade de criar uma teoria moralmente correta (do ponto de vista de uma concepção liberal de justiça) e internamente coerente pautada somente na justiça corretiva, e também demonstrar que essa teoria representa o direito contratual efetivamente aplicado nas cortes.

Ao desenvolver essa proposta, Benson busca superar as duas maiores vertentes da filosofia do direito contratual: a análise econômica normativa da lei e as teorias promissórias. Visto que ambas se baseiam em princípios externos ao direito contratual (respectivamente, o bem-estar econômico e a moralidade promissória), Benson as tem como inadequadas para uma tentativa de justificá-lo publicamente.

É relevante ressaltar que a teoria desenvolvida por Benson tem um papel positivo e um papel normativo. Seu papel positivo, o qual toma a maior parte da obra, é a análise do direito vigente e o esforço para justificá-lo em seus próprios termos; o papel normativo, por sua vez, está em o autor recorrentemente questionar se o direito vigente assim interpretado é consistente e moralmente adequado (e, de fato, a resposta a essa pergunta é o objetivo último da teoria). Nas palavras do autor:

O que tentarei fazer neste livro, portanto, é desenvolver uma perspectiva teórica da *common law* contratual que, em contraste com as abordagens atualmente predominantes, é capaz de responder se, em seus próprios moldes, a lei contratual é internamente coerente e moralmente correta.² (Benson, 2019, p.xi)

Este artigo tem como foco a teoria de Benson acerca da *implication*, a qual consiste em depreender de um contrato os seus termos implícitos, delimitando o sentido completo da transação. Benson aponta que a visão atualmente prevalente da *implication*, o paradigma das normas integrativas, é inconsistente com o direito contratual, porquanto tem como fundamento normas genéricas baseadas em princípios externos utilizadas para preencher supostas lacunas contratuais. Além disso, Benson afirma que essa visão não representa com fidelidade o direito vigente. Em face disso, o autor assume a incumbência de desenvolver uma teoria puramente transacional sobre as cláusulas contratuais implícitas e demonstrar sua aplicação em casos concretos da *common law*.

Para tanto, foi necessário que Benson enfrentasse um influente artigo de Richard Craswell denominado “*Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*”, de

² “What I shall try to do in this book therefore is to develop a theoretical account for the common law of contract that, in contrast to the currently predominant approaches, is suited to answer the question of whether, in its own framework, contract law is both internally coherent and morally sound.”

1989. No artigo, Craswell defende que teorias contratuais neutras em relação ao conteúdo (as quais explicam a força dos contratos sem determinar como seu conteúdo *deve ser*) são incapazes de realizar a *implication* sem recorrer a princípios externos. Com sua resposta ao argumento de Craswell, Benson estabelece a base de sua própria teoria transacional de *implication*, fundada em uma definição particular de razoabilidade.

O objetivo deste artigo é verificar se a teoria de Benson é bem-sucedida em guiar a *implication*. Pretende-se demonstrar que, apesar de estruturalmente coerente, a teoria encontra dificuldades quanto à alocação de riscos e se depara com situações em que tanto um resultado quanto o seu oposto poderiam ser justificados por ela. Defende-se também que, apesar de uma aplicação suplementar da doutrina da *unconscionability* parecer capaz de sanar esse problema, ela também faria com que a teoria de Benson se rendesse ao argumento de Craswell ao romper sua neutralidade em relação ao conteúdo para conseguir guiar a *implication*.

O artigo é organizado da seguinte forma. A seção 1 apresenta brevemente os fundamentos e os objetivos do livro discutido. Na seção 2, faz-se uma explicação mais detalhada do argumento de Craswell e apresentam-se as bases da teoria das cláusulas implícitas de Benson. Na seção 3, abordam-se os principais casos da *common law* citados por Benson para ilustrar sua teoria. Analisa-se então a força das justificativas de Benson para a solução de cada um desses casos. A seção 4 apresenta a teoria do autor sobre as doutrinas da impossibilidade e da frustração, e, por fim, a seção 5 expõe mais claramente as dificuldades da teoria da *implication* de Benson quanto à alocação de riscos e tenta solucioná-las com base em sua teoria (na mesma obra) sobre a *unconscionability*.

1 AS BASES DA TEORIA DE BENSON EM *JUSTICE IN TRANSACTIONS*

Esta seção busca explicar alguns fundamentos da teoria desenvolvida por Benson em *Justice in Transactions*. Para isso, faz-se uma síntese das abordagens do autor sobre a transferência de *ownership*, o teste objetivo e a doutrina da *consideration*, sendo esta última especialmente importante para compreender sua teoria de *implication*.

1.1 A transferência de Ownership

A teoria de Benson na obra *Justice in Transactions* é uma teoria de justificação pública. Com ela, o autor pretende analisar se, em seus próprios termos, sem recorrer a princípios e valores externos, o direito contratual é moralmente correto e internamente

coerente, consequentemente verificando a legitimidade de sua aplicação coerciva (Benson, 2019, p. 13).

Uma das teses mais importantes da obra é a teoria de transferência de *ownership*. Em resposta a um importante artigo de Fuller e Perdue (“*The Reliance Interest in Contract Damages*”), Benson defende que contratos, já em sua formação, transferem a *ownership* das prestações prometidas. A *ownership* é uma espécie de direito de propriedade não real, porquanto tem eficácia somente entre as partes.³ Quando uma parte inadimplir uma obrigação de dar, mesmo se não ferir o direito de propriedade da parte inocente, fere o seu direito de *ownership*.

1.2 O teste objetivo

O teste objetivo defendido por Benson consiste em aceitar somente as manifestações externas de oferta e aceite das partes como elementos capazes de definir se houve ou não a formação de um contrato. O teste objetivo recebe esse nome por descartar as intenções não expressas das partes (o elemento subjetivo) para realizar esse juízo.

Para Benson, caso se adotasse uma abordagem subjetiva da formação dos contratos, o lapso temporal necessário entre a oferta e o aceite seria o suficiente para que o aceitante não mais pudesse saber se o ofertante ainda mantinha sua intenção de oferta, de modo que este teria de reiterar sua oferta após o aceite, o mesmo valendo para o aceitante, infinitamente, sem que qualquer contrato pudesse se formar (Benson, 2019, p. 111). Por isso, o teste objetivo seria o único apto a sustentar o sistema do direito contratual.⁴

1.3 A doutrina da *Consideration*

A doutrina da *consideration*, doravante traduzida como “consideração”, demanda que, em contratos informais, promessas sejam mútuas para serem juridicamente relevantes; promessas unilaterais, quando o promitente não recebeu nada útil em troca (nem mesmo outra

³ O autor diferencia o direito de *property*, o direito real, do direito de *ownership*, que vale somente entre as partes de um contrato. Ambos os termos podem ser traduzidos como “propriedade”, e a decisão deste artigo de manter a palavra original *ownership* teve o intuito de reduzir a confusão.

⁴ Mais especificamente, o teste objetivo defendido por Benson como sua forma mais transacional é aquele em que a interpretação se faz a partir do ponto de vista de uma pessoa razoável no lugar de uma das partes (em vez do ponto de vista de um terceiro observador razoável).

promessa), não formam contratos.⁵ Chama-se “consideração” exatamente essa contrapromessa ou esse ato feito em troca de uma promessa:

Para ser obrigatória, de acordo com os termos [da doutrina], uma promessa deve ser feita em troca de uma consideração legalmente válida, que pode ser tanto uma promessa recíproca quanto um ato recíproco solicitado pelo promitente e fornecido pelo promissário como parte de uma única transação.⁶ (Benson, 2019, p.47-48)

Segundo Benson, o papel da doutrina é demandar uma relação necessariamente recíproca e bilateral entre as partes, chamada “relação de promessa-por-consideração”, em que há uma indução mútua: a consideração é feita porque a promessa é feita, e vice-versa. A consideração deve ter um valor de uso juridicamente perceptível: considerações simbólicas e inúteis para o promitente não são consideradas válidas pela *common law*. Isso não deve ser confundido com o valor econômico da consideração, que é inteiramente irrelevante para essa doutrina, e tampouco se confunde com um requisito de equilíbrio de valor entre promessa e da consideração:

Enquanto a consideração deve ser um benefício ou detrimento legal e ter valor no sentido discutido, seu valor comparativo em relação à promessa em troca da qual ela é feita ou assumida é irrelevante para determinar se a consideração é suficiente.⁷ (Benson, 2019, p.54)

Desse modo, a consideração seria o dispositivo do direito contratual para garantir uma relação recíproca e bilateral entre as partes de uma transação. Para Benson, a relação de promessa-por-consideração configura a mais básica relação razoavelmente interpretável como aquisição transacional, e essa relação é, de fato, um dos pilares de sua teoria.

Expostos brevemente esses conceitos básicos da teoria de Benson em “*Justice in Transactions*”, procede-se à abordagem da *implication* em específico.

2 FUNDAMENTOS DA *IMPLICATION* SEGUNDO BENSON

⁵ Mesmo sob a doutrina da consideração, a irrelevância jurídica não abarca qualquer negócio jurídico informal que beneficie somente uma das partes: os chamados “presentes executados”, em que já ocorreu a tradição, são juridicamente relevantes. Sobre isso, Benson, 2019, p.58-64.

⁶ “To be enforceable according to its terms, a promise must be made in return for a legally valid consideration, which can be either a reciprocal promise or a reciprocal act that is requested by the promisor and provided by the promisee in return as part of a single transaction.”

⁷ “While the consideration must be a legal benefit or detriment and have value in the sense just discussed, its comparative value in relation to the promise for which it is undertaken or done is irrelevant in determining whether it is a sufficient consideration.”

Nesta seção, faz-se inicialmente um exame mais detalhado dos argumentos que Richard Craswell emprega para negar que teorias neutras em relação ao conteúdo dos contratos consigam determinar efetivamente o conteúdo de cláusulas implícitas. Em seguida, a fim de explicar as bases da teoria da *implication* de Benson, explicam-se suas razões para afastar o "paradigma das normas integrativas" e, finalmente, analisa-se sua resposta direta a Craswell.

2.1 O desafio de Craswell

No artigo "*Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*", Richard Craswell defende que teorias filosóficas contratuais baseadas na liberdade individual e na autonomia privada são incapazes de guiar o conteúdo de normas integrativas (dispositivas ou cogentes) e reger sua aplicação. Isso se deveria à neutralidade dessas teorias em relação ao conteúdo dos contratos.

Elas explicam por que um indivíduo que prometeu fazer *X* assim assume alguma forma de obrigação de fazer *X*, independentemente do conteúdo de *X*. O motivo para essa neutralidade é compreensível: fazer algo a mais demandaria uma teoria que dissesse às pessoas quais promessas elas deveriam fazer. Infelizmente, a relutância dos autores em aconselhar pessoas quanto à forma de exercer a liberdade de fixar o conteúdo de *X* os torna igualmente incapazes de dar aos ordenamentos jurídicos qualquer parâmetro para fixar esse conteúdo quando as partes contratuais deixam de especificar o conteúdo por elas desejado.⁸ (Craswell, 1989, p.515-516)

O autor argumenta que essas teorias neutras precisam invariavelmente recorrer a algum(ns) valor(es) não neutro(s), como a justiça ou a conveniência; caso contrário, ser-lhes-ia absolutamente impossível justificar por que uma norma integrativa seria preferível à outra.

Vale ressaltar que, apesar de Benson negar um poder autonormativo robusto das partes como base da formação dos contratos, o autor se refere a sua própria teoria como uma teoria de autonomia.⁹ Isso é parte do motivo por que Benson, no capítulo em que trata da *implication*, responde diretamente ao argumento de Craswell; mas, de todo modo, por a teoria de *implication* de Benson se considerar neutra em relação ao conteúdo, seria necessário

⁸ "They give reasons why an individual who has promised to do $\emptyset$ thereby incurs some form of obligation to do $\emptyset$, regardless of how $\emptyset$ is filled in. The reason for this neutrality is understandable: To do anything more requires a theory that would tell people what kinds of promises they ought to make. Unfortunately, the theorists' reluctance to advise individuals as to how they ought to exercise their freedom to fill in the content of $\emptyset$ leaves them equally unable to give legal systems any guidance about how to fill in the content of $\emptyset$ when contracting parties fail to specify their preferred content."

⁹ Benson, 2019, p.366.

enfrentar o desafio de Craswell mesmo se fosse adotada uma base moral diversa da autonomia.

Antes de explorar a resposta de Benson a Craswell, é importante introduzir como Benson aborda a *implication*.

2.2 O afastamento do paradigma das normas integrativas

Conforme Benson, um contrato é a soma de termos expressos e de termos implícitos. Um conjunto de termos expressos é necessário e suficiente para a formação de um contrato, e termos implícitos, quando existem, cumprem o papel de especificar o total sentido do contrato já formado pelos termos expressos.¹⁰ A interpretação em sentido estrito (que fixa o conteúdo dos termos expressos) e a *implication* (a determinação do conteúdo de cláusulas implícitas) compartilham, segundo Benson, um fim comum:

Ao meu ver, há apenas um objetivo: determinar tão completamente quanto possível o sentido normativo razoável da interação das partes como uma transação de promessa-por-consideração.¹¹ (Benson, 2019, p. 122)

Inicialmente, Benson se dedica a afastar o paradigma das normas integrativas por achá-lo diretamente incompatível com uma abordagem puramente transacional da lei contratual. Para isso, o autor apresenta uma série de argumentos.

O primeiro argumento apresentado por Benson é dogmático: conforme o autor, “(...) é fulcral para a lei contratual que todos os direitos e deveres contratuais sejam exaustivamente fixados na formação do contrato” (Benson, 2019, p.125).¹² Contrariamente a esse aspecto básico da lei contratual, teorias que adotam o paradigma das normas integrativas entendem que contratos não estão completos na formação—ou seja, podem apresentar lacunas, tornando necessário recorrer a normas fixadas judicialmente que promovem valores e fins externos aos contratos e tidos como válidos independentemente destes (como a justiça distributiva e a maximização de bem-estar).

Outro argumento de Benson é a confiança das referidas teorias em modelos de negociações hipotéticas, especulações do que as partes teriam escolhido. Isso afastaria a *implication* da transação em si, que é a “condição moral e legal indispensável para as partes

¹⁰ *Ibidem*, p.122-124.

¹¹ “In my view, there is but one goal: to ascertain as fully as possible the reasonable normative meaning of the parties’ interaction as a promise-for-consideration transaction.”

¹² “[...] it is fundamental to contract law that all contractual rights and duties are exhaustively fixed at contract formation.”

sequer estarem sujeitas a deveres e direitos coercivamente exigíveis” (Benson, 2019, p.128),¹³ e esse afastamento, conforme Benson, vinha sendo criticado até mesmo pelas teorias econômicas.

Em seguida, Benson explicita a incoerência do argumento de que as partes poderiam dispor contrariamente às normas integrativas dispositivas com termos expressos no contrato, preservando o valor da transação real. Na verdade, tais normas integrativas são aplicáveis independentemente de seu conhecimento pelas partes, e, mais notavelmente, uma norma integrativa é vinculante mesmo quando enunciada pela primeira vez em um caso concreto.

Lembra-se o autor de que, se o argumento de Craswell prosperasse, Benson precisaria em algum momento recorrer ao paradigma das normas integrativas. Nesse momento ocorre a resposta de Benson a Craswell, que se discutirá em seguida.

2.3 A resposta de Benson a Craswell

Em decorrência de a teoria de Benson, neste ponto do livro, ainda se ater quase completamente à tentativa de defesa de fundamentos do direito contratual vigente, o argumento de Craswell sobre teorias neutras quanto ao conteúdo, ao ser analisado por Benson, não é aplicado diretamente à sua teoria, mas sim ao próprio direito contratual.

Em que sentido a lei contratual pode ser considerada neutra quanto ao conteúdo, se o for? A começar pela relação básica de promessa-por-consideração, podemos dizer que a lei contratual é neutra quanto ao conteúdo da seguinte forma: ela não estipula o que ou quanto cada lado da relação deve ser, contanto que configure algo de valor aos olhos da lei.¹⁴ (Benson, 2019, p.129-130)

A aplicação direta do argumento de Craswell à lei nesse ponto é insólita, mas não é absurda e, de certo modo, parece necessária pelas razões expostas a seguir.

Um primeiro ponto de estranhamento pode ser exatamente que a crítica de Craswell é direcionada a teorias, e não à lei. Isso, contudo, parece irrelevante. Por ser majoritariamente positiva, a teoria de Benson se mistura com a lei em pontos fundamentais, e percebe-se que o autor dedica as maiores partes da obra a interpretar os dispositivos legais de forma

¹³ “[...] the actual interactions between parties, which remain after all the *sine qua non* of the court’s authority to adjudicate in the first place.” (p. 128)

¹⁴ “In what way, if any, is contract law content-neutral? Starting with the basic promise-for-consideration relation, we may say that contract law is content-neutral as follows: it does not stipulate what or how much either side of the relation must be as long as it conveys just something of value in the eye of the law.”

internamente coerente. Ao testar o argumento de Craswell contra a lei, Benson o testa precisamente contra a lei conforme interpretada pela teoria exposta no livro.

Além disso, se a teoria de Benson diverge das teorias a que Craswell direciona sua crítica mais especificamente, é porque Benson busca, em certa medida, superar tanto as teorias promissórias quanto as teorias econômicas, e nisso sua teoria não seria bem-sucedida (ao menos em relação à *implication*) se incorresse nos mesmos problemas apontados por Craswell quanto às demais. Dessa forma, como Craswell demonstrou a incapacidade das teorias promissórias de guiar e justificar satisfatoriamente a *implication* sem recorrer a outros princípios, é importante que Benson demonstre como a sua interpretação do direito contratual superaria essa fraqueza e encontraria a orientação para a *implication* dentro do próprio direito contratual.

Outro ponto que pode causar estranhamento é exatamente a conclusão de Benson de que a lei contratual é neutra quanto ao conteúdo. Podem-se levantar duas objeções: primeiramente, o paradigma das normas integrativas foi criado e aplicado exatamente pela lei contratual; em segundo lugar, mesmo o requisito básico da relação de promessa-por-consideração demanda que as prestações tenham valor de uso aos olhos da lei. Nesse sentido, como poderia ser a lei neutra em relação ao conteúdo, como respondeu o autor?

A resposta é auxiliada, curiosamente, por uma seção do próprio texto de Craswell, na qual o autor divide as normas do direito contratual em (a) normas integrativas, que definem a exata substância da obrigação de uma parte, e (b) normas de acordo, que regem as condições e procedimentos necessários para as partes afastarem uma norma integrativa que de outro modo se aplicaria¹⁵. Em suma, as normas de acordo de Craswell são as normas que regulam o poder geral das partes de criar cláusulas expressas (a forma de afastar as normas integrativas dispositivas), de modo que nelas se incluem normas de oferta e aceite e o requisito da consideração, um dos pilares da formação dos contratos em Benson. Ao alegar a neutralidade do direito contratual, Benson parece se referir apenas às normas de acordo (especialmente a consideração), cuja neutralidade quanto ao conteúdo é algo evidente até mesmo no texto de Craswell. Dessa forma, é coerente entender que o direito contratual, em suas normas de acordo, é neutro em relação ao conteúdo.

Dito isso, Benson propõe sua alternativa ao paradigma das normas integrativas: a *implication* poderia ser justificada e guiada por um conceito específico de razoabilidade, o

¹⁵ Craswell, 1989, p. 503.

qual não é encontrado em valores ou princípios extratransacionais, mas sim no próprio modelo de promessa-por-consideração.

Inicialmente, é relevante citar a síntese feita por Benson de sua proposta de *implication* transacional.

Mais especificamente, veremos que termos e condições implícitos são necessários para assegurar que o promissário receba o total e justo valor do benefício da prestação contratualmente contemplada e, correlativamente, que o ônus da prestação para o promitente não seja superior ao detrimento contratualmente contemplado. O que as partes devem uma à outra e correlativamente merecem uma da outra deve ser *totalmente* especificado, em termos do que isso inclui e do que isso exclui, conforme tencionado pelo contrato. Ao expressar o justo e razoável em transações, o total valor se refere não somente ao valor benéfico que se tenciona que uma parte tenha nas reais circunstâncias do pagamento, mas também à proporção contratualmente tencionada de riscos de benefícios e deveres entre os dois lados. Portanto, a *implication* determina não algo de valor maior ou distinto do que as partes podem razoavelmente querer à luz de seus propósitos particulares (e muito menos um propósito pressuposto e hipoteticamente compartilhado), mas sim o que é razoavelmente necessário para dar sentido aos termos acordados e assegurar seu total e justo valor.¹⁶ (Benson, 2019, p.131)

Como se percebe, Benson vê a *implication* como um instrumento para assegurar o que o autor chama de “total e justo valor” da transação, com base em uma razoabilidade expressa pelo próprio modelo de promessa-por-consideração. Conforme o autor, isso é aplicado pelas cortes por meio da construção jurídica de *intento presumido* e *necessidade transacional*. Com a definição desses conceitos, Benson esclarece ainda mais a natureza da razoabilidade expressa pela promessa-por-consideração.

Em vez disso, o intento presumido se refere ao que as partes de um dado contrato *devem* ter razoavelmente tencionado por ser *necessário* para evitar uma falha de consideração, no sentido mais amplo de um evento ou circunstância, na formação ou depois dela, que tornaria o contrato fútil, carente do valor e do benefício justos que contemplou, ou simplesmente absurdo.¹⁷ (Benson, 2019, p.134)

¹⁶ “More specifically, we will see that implied terms and conditions are needed to ensure that the promisee receives the full and fair value of the contractually contemplated benefit of performance and correlatively that the burden of actual performance on the promisor is no more than the contractually contemplated detriment. What the parties owe each other and correlatively are owed by each other should be fully specified, in terms of what this includes as well as excludes, as the contract intended. As expressing the fair and reasonable in transactions, full value refers not only to the beneficial value that a party is intended to have in the actual circumstances of performance but also to the contractually intended proportion of the risks of benefits and burdens between the two sides. Thus implication spells out, not something more or other of value that parties might rationally want in light of their particular purposes (let alone some presupposed hypothetically shared purpose), but rather what is reasonably required to make sense and to secure the full and fair value of the terms actually agreed to.”

¹⁷ “Rather, presumed intent refers to what the parties to a given contract must reasonably have intended because necessary to avoid a failure of consideration in the wider sense of an event or circumstance at or after formation that would render the contract futile, devoid of the fair value and benefit that it contemplated, or plainly absurd.”

Desse modo, a ambiciosa relação traçada pelo autor entre o requisito de promessa-por-consideração e a *implication* parece agora mais estreito: a *implication* é o instrumento utilizado judicialmente para evitar a falha de consideração. Visto que transações são feitas com base no modelo de promessa-por-consideração, parece imediatamente decorrente desse modelo a defesa do valor das prestações acordadas. É importantíssimo salientar que o autor não se refere a uma ideia de equilíbrio ou justiça de valor entre as prestações, mas sim à proteção da promessa e da consideração acordadas pelas partes, sejam elas quais forem. Nesse sentido, a base da *implication* de Benson é uma regulação negativa: um comando de vedação da falha de consideração.

Todavia, a integridade da relação entre a consideração e a *implication* não basta para o sucesso da teoria por dois motivos. O primeiro ponto de preocupação é a efetividade dessa regulação negativa em chegar a resultados concretos. O segundo, por sua vez, é mais próprio da teoria de Benson: visto que o autor tenta justificar o direito vigente, cabe-lhe não somente explicar *um* sistema de *implication* internamente coerente, mas também demonstrar que esse é o sistema efetivamente aplicado pelas cortes.

O autor lida com esses dois problemas por meio da análise de precedentes, os quais serão examinados na próxima seção.

3 ANÁLISE CRÍTICA DE PRECEDENTES

Esta seção apresenta análises críticas dos principais precedentes invocados por Benson para sustentar sua teoria, a saber: *Kingston v. Preston*, *Jacob & Youngs v. Kent* e *The Moorcock*. Na primeira análise, faz-se um exame detalhado do conceito de "intento presumido" e uma defesa da peculiar "presunção de razoabilidade" presente na teoria de Benson. Na segunda, explica-se o conceito do cumprimento substancial da obrigação. Na terceira, por fim, aponta-se uma fragilidade na teoria: a de que ela poderia ser usada para defender duas decisões opostas.

3.1 Kingston V. Preston (1779)

3.1.1 Início da análise do caso

Em *Kingston v. Preston*, Kingston prometeu fornecer caução a Preston por determinado período, e Preston prometeu passar seus negócios para Kingston e seu sobrinho

após esse intervalo. Kingston não a forneceu, e, por isso, Preston se recusou a lhe passar os negócios prometidos. Kingston ajuizou ação contra Preston, alegando independência entre as prestações.

Conforme explica Benson, as cortes aplicavam à época a norma integrativa dispositiva da independência entre as prestações: o inadimplemento de uma parte, salvo disposição em contrário, não liberava a contraparte de suas obrigações, e esta deveria se contentar com uma ação em separado por perdas e danos.

Lord Mansfield, ao decidir o caso, defendeu um ponto de vista distinto: o mero fato da não estipulação em contrário não permitia essa decisão automática, e pontos que careciam de termos expressos deveriam ser esclarecidos com base no “intento da transação”:

E isso, ele enfatizou, deve ser decidido com base no “intento da transação”, que deve ser “coletado do sentido evidente das partes”, tomando em conta os termos expressos, o “objeto [ou propósito] da transação” e a “essência [ou natureza] do acordo”. O “intento da transação” de Lord Mansfield é uma iteração primitiva do “intento presumido”, e, como refletido na frase de Lord Mansfield, é um intento completamente transacional.¹⁸ (Benson, 2019, p.134)

Com essa justificativa, Lord Mansfield reconheceu a caução como uma condição do pagamento de Preston. Conforme Benson, após essa decisão, passou a vigorar uma regra contrária à anterior¹⁹:

[...] rapidamente se tornou lei que somente se o contrato como um todo, razoavelmente analisado, mostrar que uma parte assumiu o risco não recíproco de adimplir suas obrigações apesar do inadimplemento da contraparte, a parte não será liberada de suas obrigações.²⁰ (Benson, 2019, p.134)

Isso não é uma norma integrativa dispositiva, pois esta requereria um termo expresso em contrário para afastá-la, enquanto a regra em questão requer a demonstração em contrário do “contrato como um todo, razoavelmente analisado”. Mesmo assim, a regra supracitada é uma presunção, e daí se pode levantar uma importante objeção. Uma presunção de

¹⁸ “And this, he emphasized, is to be decided on the basis of the ‘intent of the transaction,’ which is to be ‘collected from the evident sense and meaning of the parties,’ taking into account the express terms, the ‘object [or purpose] of the transaction,’ and the ‘essence [or nature] of the agreement.’ Lord Mansfield’s ‘intent of the transaction’ is an early iteration of ‘presumed intent,’ and as reflected in Lord Mansfield’s phrase, it is a thoroughly transactional intent.”

¹⁹ É relevante notar que essa norma contrária se encontra também expressa no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 476: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” A isso se dá o nome entre nós de “exceção de contrato não cumprido”.

²⁰ “[...] it quickly became the law that it is only if the contract as a whole, reasonably construed, shows that a party assumed the nonreciprocal risk of having to perform despite the other’s nonperformance that she will not be relieved from performance.”

dependência entre prestações seria útil somente para solucionar casos em que a análise razoável do contrato como um todo não oferecesse uma resposta clara à *implication*; contudo, reconhecer que a análise razoável de contratos poderia apresentar resultados inconclusivos seria reconhecer lacunas contratuais. Por isso, o autor se encontraria teoricamente impossibilitado de defender presunções. Tomar-se-á um momento para responder a essa objeção.

Benson demonstra o risco que a norma integrativa de independência entre prestações apresentava: a parte inocente continuava obrigada a adimplir em face do inadimplemento da contraparte, mesmo sob risco de não receber a contraprestação devida e, em alguns casos, de não receber nada em troca: “[...] um risco contratualmente assumido de dar algo em troca de nada não deve ser *presumido* para nenhuma parte; ao contrário, deve haver uma base razoável e clara para achar tal intenção, e isso seria excepcional.”²¹ (Benson, 2019, p.136) É extremamente importante notar que essa situação corresponde à falha total de consideração, vedada pela razoabilidade da relação de promessa-por-consideração.

Repetindo, a injustiça está no risco de compelir uma parte a cumprir o contrato em troca de nada ou, ao menos, em troca de algo vitalmente diferente da prestação que lhe é devida pela outra parte, assim requerendo, como colocam os casos mais antigos, o cumprimento apesar de e diante de uma total falha de consideração.²² (Benson, 2019, p.136)

Está suficientemente claro que não deve haver a presunção de independência, mas o dever haver uma presunção de dependência requer um raciocínio mais aprofundado: como combinar uma presunção com uma análise contratual puramente transacional? A resposta adequada parece ser que, na verdade, a presunção a que Benson se refere é a própria razoabilidade inerente à promessa-por-consideração, que configura exatamente o intento presumido defendido pelo autor. Isso se torna mais claro com uma citação de Cardozo feita posteriormente por Benson:

A premissa mais importante e fundamental da decisão é: “Deve-se presumir que a intenção não revelada contrariamente tenha em vista o razoável e o provável. Caso

²¹ “[...], a contractually assumed risk to give something for nothing should not be presumed of any party; to the contrary, there must be a reasonable and clear factual basis for finding such an intention—and this would be exceptional.”

²² “The injustice, to repeat, lies in the risk of compelling a party to perform for nothing in return or at least for something vitally different from the performance owed her by the other party and thus, as the older cases put it, requiring performance despite, and in the face of, a total failure of consideration.”

se tenha em vista coisa diversa, isso não deve ser deixado à *implication*.”²³ (Benson, 2019, p.136)

3.1.2 Presunção ou imputação de razoabilidade?

A seguinte passagem é uma das mais relevantes do capítulo.

Citando a fala de Cardozo em *Kent*, dizemos: “Deve-se presumir que a intenção não revelada em contrário contemple o razoável.” Na identidade entre o intento presumido e a razoabilidade está toda a lei da *implication*. A *implication* tem a ver com o que se pode razoavelmente considerar que uma parte presume da outra nos moldes de sua transação específica. Assim, uma parte não pode razoavelmente imputar a outra o intento presumido de fornecer uma consideração a troco de nada ou de um detrimento, ou o de assumir uma obrigação indeterminada de adimplir em qualquer circunstância ou com qualquer risco a troco de uma consideração limitada. Tais efeitos unilaterais não podem razoavelmente ser presumidos.²⁴ (Benson, 2019, p.143)

Sobre a identidade entre o intento presumido e a razoabilidade, importa abordar a possível objeção de que a razoabilidade é imputada à transação, e não presumida. A afirmação é certamente verdadeira e se pode verificar em algumas seções do próprio livro.²⁵ Todavia, a “presunção da razoabilidade” aqui defendida não contradiz esse fato, pois não se trata de uma presunção feita pela *implication*, e sim da presunção da intenção de uma parte feita pela contraparte.

O fato de que são as partes que presumem o intento razoável do contrato é mencionado por Benson somente uma vez no capítulo; no restante, ele prescinde de explicitar o autor da presunção, utilizando somente vocábulos como “pode-se presumir” e “é presumido”. Por isso, não é qualquer exagero considerar que falar no intento presumido é falar no intento de uma parte presumido pela outra na formação do contrato, imputado pela corte na forma de termos implícitos.

Explicar-se-á a questão mais detalhadamente. Por a *implication* ser neutra em relação ao conteúdo, desde que se cumpram as normas de acordo (oferta e aceite,

²³ “The judgment’s most important and fundamental premise is: ‘Intention not otherwise revealed may be presumed to hold in contemplation the reasonable and probable. If something else is in view, it must not be left to implication.’”

²⁴ “Drawing on Cardozo’s statement in *Kent*, we say: ‘Intention not otherwise revealed may be presumed to hold in contemplation the reasonable.’ On this identity between presumed intent and the reasonable rests the whole law of implication. Implication has to do with what a party can reasonably be held to presume of the other in the framework of their particular transaction. Thus one party cannot reasonably impute to the other the presumed intention to provide a valuable consideration for nothing or worse in return or to take on an open-ended, indeterminate obligation to perform in any circumstance of risk for a limited consideration in return. Such one-sided effects cannot reasonably be presumed.”

²⁵ Ver especificamente Benson, 2019, p. 67-68

promessa-por-consideração, exigências do teste objetivo), as partes serão, em regra, obrigadas a cumprir o que quer que tenham acordado, e isso será contemplado pela razoabilidade da interpretação. Todavia, nem sempre uma parte deixa claro à outra o total sentido dos termos expressos; e, nessa hipótese, a *implication* deve considerar que cada parte presumiu da outra o intento razoável na formação do contrato, ou seja, presumiu que o intento da contraparte era o de evitar a falha de consideração.

Deve-se apontar que a presunção do intento razoável de uma parte à outra é um curioso caso em que uma presunção pode e não pode ser quebrada ao mesmo tempo. Quando não revelado o intento, a *implication*, considerando que cada parte presumiu da outra o intento da vedação da falha da consideração, depreende do contrato os termos implícitos necessários para tal. Todavia, esses termos implícitos poderiam ser prevenidos pela expressão de outras cláusulas diferentes no contrato (em sua formação), de modo que a razoabilidade específica que chegou a esses termos implícitos pode ser quebrada por um termo expresso. Uma parte pode, por exemplo, concordar expressamente com uma obrigação incondicional a ser adimplida sob qualquer risco (desde que isso não fira o modelo essencial de promessa-por-consideração) em troca de uma consideração limitada²⁶; mas esse acordo, parece dizer o autor, não poderia ser *presumido* pela outra parte quando houver a falta dessa manifestação.²⁷ O interessante é que esse acordo, se feito expressamente, seria parte da relação de promessa-por-consideração; e, assim, a *implication* teria de considerar uma *outra* presunção de razoabilidade, cujo papel seria evitar a falha *dessa outra* consideração. Por isso, somente com alguma boa vontade pode-se dizer que a presunção de razoabilidade de uma parte pela outra pode ser quebrada: se um termo expresso afasta uma presunção, uma nova presunção se aplica à nova promessa-por-consideração.²⁸

É importante lembrar que a teoria de Benson, defensora do teste objetivo, não liga importância às presunções *reais* dos sujeitos contratuais, mas sim à aparência da transação e aos modelos de oferta e aceite e promessa-por-consideração, sendo a razoabilidade imputada

²⁶ “As discussed earlier, the content-neutrality of the requirement of consideration entails that the particular contents of the promise-for-consideration relation are simply whatever the parties happen to choose.” (Benson, 2019, p.142).

²⁷ Sobre *Jacob & Youngs v. Kent*: “[...] treating the performance of any and every term or detail of the builder’s obligation—‘literal fulfillment’—as a *per se* precondition of the owner’s duty to pay the balance should not be readily imputed to the parties in these circumstances. Only clear and apt words requiring this consequence should suffice.” (Benson, 2019, p.139, grifo nosso).

²⁸ Adicionalmente, se o termo expresso chega ao ponto de desrespeitar as normas de acordo para a formação do contrato, como a promessa-por-consideração, não há contrato juridicamente coercitivo e tampouco há *implication*.

ao sentido da transação por este último (Benson, 2019, p. 143).²⁹ Portanto, a *implication* deve sempre considerar que as partes presumiram uma da outra o intento mais razoável e afastar do escopo do contrato quaisquer presunções que levam à falha de consideração, ainda que tais presunções e intentos sejam diferentes dos reais.

Em conclusão, a forma como a razoabilidade é imputada ao sentido da transação no contexto da *implication* é exatamente a consideração de que as partes presumiram uma da outra o intento razoável (a vedação da falha de consideração) onde o contrato não possui termos expressos, de modo que a imputação da razoabilidade (pelo próprio modelo da transação) e a presunção da razoabilidade (pelas partes) não se contradizem, mas se sustentam. Nesse sentido, Benson parece defender que a razoabilidade leva à presunção de dependência entre as prestações, visto que o contrário gera o risco da falha total de consideração. Essa razoabilidade presumida pelas partes não é uma regra geral aplicada à falta de conclusões apontadas pela *implication* (o que, de fato, reconheceria a incompletude dos contratos), mas sim a própria base da *implication*.

Em suma, a presunção de dependência defendida por Benson somente se sustenta teoricamente porquanto equivale à presunção de razoabilidade que enseja a vedação da falha da consideração imputável pelas cortes. A tese se fortalece ainda mais quando o autor explica a exceção à presunção de dependência, abordada a seguir.

3.2 *Jacob & Youngs V. Kent (1921)*

Em *Jacob & Youngs v. Kent*, o demandante contratou com a construtora Jacob & Youngs Inc. para que ela construísse uma casa, mas se recusou a pagar porque a construtora utilizou uma marca de encanamento diversa da marca estabelecida no contrato, embora a marca utilizada fosse idêntica à acordada em todos os outros aspectos. A questão era se o cumprimento integral pela construtora era uma condição para o cumprimento pelo demandante, ou se essa era uma hipótese de exceção da presunção de dependência. O voto vencedor foi o do magistrado Cardozo, que defendeu se tratar de uma exceção em razão do cumprimento substancial da obrigação da construtora.

Quanto mais o inadimplemento se aproxima do ponto de privar a parte inocente de substancialmente todo o benefício da consideração razoavelmente contemplado pelo

²⁹ “Nor do [the parties] choose the fact that, whatever they may actually intend, the contractually operative meaning of their intentions is whatever counts as a reasonable construal of their interaction in accordance with the objective test for formation.” (Benson, 2019, p.143).

contrato, mais claramente razoável e justa será a inferência de que a parte inocente deve ser liberada de suas obrigações—apesar de qualquer cumprimento parcial pela parte inadimplente, e supondo que a parte inocente pode pedir indenização. [...] Ao mesmo tempo, se a parte inocente recebeu substancialmente o inteiro benefício da consideração prometida, e o inadimplemento afeta seu interesse contratual somente de uma forma incidental ou trivial, a dureza de liberá-la de suas obrigações se torna saliente [...].³⁰ (Benson, 2019, p.138)

Era evidente que, dada a grande complexidade estrutural da casa construída, nem todos os seus atributos seriam do interesse contratual do comprador a ponto de sua modificação configurar uma falha total de consideração. Isso, é claro, deve ser considerado de caso em caso: conforme exemplo de Benson, se em vez de uma casa altamente complexa o bem demandado fosse um móvel padronizado e produzido em massa, o defeito de qualquer de seus atributos e, mais importantemente, a baixa gravidade de consertá-lo poderiam mais adequadamente levar as cortes a reconhecer o descumprimento substancial da obrigação por parte do fornecedor.³¹

Como se aplica, então, a vedação da falha de consideração às situações de cumprimento parcial? Segundo Benson, nesse caso, a decisão deve ter em mente a proporção entre a consequência desse descumprimento parcial e a consequência de uma eventual decisão que reconhecesse o descumprimento substancial da obrigação da parte inadimplente.

Aqui, a maioria entendeu que o inadimplemento foi trivial e não causou ao comprador nenhuma perda, seja material, seja imaterial. Substancialmente, ele recebeu o pagamento que lhe foi prometido. Em contraste, a falta de pagamento à construtora ser-lhe-ia grave.³² (Benson, 2019, p. 139)

Assim, o inadimplemento se considera substancial ou accidental somente em razão de sua relação para com o todo do contrato: comparadas a consequência do descumprimento e a consequência da liberação das obrigações da parte inocente, chega-se à conclusão de que somente esta última, por ser extremamente gravosa, configuraria a falha total da consideração.

³⁰ “The closer a breach approaches the point of depriving the innocent party of substantially the whole benefit of the consideration reasonably contemplated by their contract, the more clearly reasonable and fair will be the inference that the innocent party should be excused from further performance—this despite part performance by the breaching party and even supposing that the innocent party can sue for damages. (...) At the same time, if the innocent party has received substantially the whole benefit of the promised consideration and the breach affects her contractual interest only in an incidental or trivial way, the harshness of forfeiture resulting from excusing her own performance becomes salient [...]”

³¹ Benson, 2019, p.139.

³² “Here the majority found that the breach was trivial and did not cause the owner any loss, whether financial or intangible. In substance, the owner received the performance that he had been promised. By contrast, forfeiture of the balance owing would be grave for the builder”

Isso é plenamente consistente com o conceito de razoabilidade já exposto, o qual, até agora, parece ter conseguido guiar a *implication*.

3.3 The Moorcock (1889)

Em *The Moorcock*, o demandante contratara com os réus para ancorar o navio Moorcock no porto destes e descarregar a embarcação. Contudo, em razão de uma maré baixa, o Moorcock sofreu graves danos ao tentar atracar. Entrou em discussão o fato de que os réus, no curso de sua atividade, facilmente saberiam desse risco, e poderiam ter informado o demandante das condições da maré e da possibilidade do dano, mesmo sem previsão expressa no contrato — ou, ao menos, poderiam ter avisado o demandante de que não a haviam fiscalizado. A decisão da corte entendeu que havia uma obrigação implícita de informação que foi descumprida pelos réus.

Lord Justice Bowen explicitamente afirmou que a *implication* de quaisquer termos e condições contratuais se deve basear no intento presumido das partes, conforme for razoável depreendê-las da própria natureza da transação, com o fim de prevenir a falha de consideração. Assim, não existe dúvida de que a corte aplicou o conceito de razoabilidade explicado por Benson; resta analisar a integridade dessa aplicação e, mais importantemente, se ela pôde de fato guiar a corte à sua decisão.

O magistrado defendeu que o dever implícito de informação era essencial à preservação da relação de promessa-por-consideração, pois, se não existisse, o demandante teria “simplesmente comprado uma oportunidade de perigo” (Benson, 2019, p.141)³³, resultando em total falha de consideração. Cabe deter-se um pouco neste ponto.

Já se citou que a falha de consideração considerada por Benson é algo que torna as obrigações prometidas fúteis, sem valor ou benefício, ou manifestamente absurdas. Em *The Moorcock*, o argumento principal para a existência da falha de consideração é o demandante, em vez de ter recebido em troca de sua prestação o acesso ao porto, ter apenas sofrido danos patrimoniais. Caso não se reconhecesse a necessidade de informação do demandante, as obrigações deste teriam sido em troca de nada (o demandante nem teria direito à indenização pelos danos do navio, sendo eles considerados alheios à responsabilidade dos réus), e nisso consistiria a falha de consideração.

³³ “That the parties must be presumed to have intended this obligation followed from the fact that otherwise the plaintiff would be ‘simply buying an opportunity of danger’ that would result in a total failure of consideration.”

Todavia, é impossível uma discussão completa do caso *The Moorcock* sem a abordagem dos riscos contratualmente contemplados. Reconhecer a existência de um dever de informação é exatamente o que impõe o risco de dano do navio aos réus, sendo que esse risco poderia ser transferido ao demandante com o cumprimento adequado desse dever; por outro lado, não reconhecida a existência do dever de informação, o risco seria, desde o início, do demandante. Esta última hipótese não foi adotada pela corte, mas é possível: em vez de reconhecer uma obrigação dos réus a informar o demandante independentemente de provocação, pode-se reconhecer a faculdade do demandante de provocar os réus e requerer tal informação. Neste último caso, parece que tampouco haveria falha de consideração.

Pode-se, é claro, alegar que os réus, por sua função, sabiam dos riscos de seu porto e não alertaram o demandante. Contudo, da mesma forma, pode-se alegar que o demandante, por sua função, sabia que diversos portos apresentam perigos a navios que neles precisam atracar e ainda assim não requereu aos réus as informações pertinentes. Não prevalece o argumento de que era mais fácil para os réus a obtenção dessa informação; não se está alegando que o demandante poderia ter ido fiscalizar ele próprio o porto, mas simplesmente que ele poderia ter requerido as informações aos réus. Não parece irrazoável que os réus, ao não receberem nenhuma pergunta sobre as condições do porto, possam ter assumido que o demandante conhecia o porto ou até mesmo que fora informado por algum outro comandante. A interpretação de que o dever de informação somente existiria se provocado pelo próprio demandante faz com que os riscos contratualmente contemplados recaiam sobre ele desde o princípio; consequentemente, a relação de promessa-por-consideração incluiria esses riscos, e não haveria falha de consideração.

Portanto, parece que, no caso *The Moorcock*, para garantir a vedação da falha de consideração conforme explicada por Benson, é necessário somente que haja a alocação de riscos entre as partes. Alocar o risco no lado dos réus (por meio do reconhecimento de um dever de informação, na mínima medida necessária) ou alocá-lo no lado do demandante (por meio do reconhecimento de uma faculdade de buscar a informação) parecem duas opções igualmente razoáveis para garantir a razoabilidade da relação de promessa-por-consideração.

Isso apresenta um problema na teoria de Benson: embora a decisão esteja de acordo com a tese desenvolvida pela obra, parece que a razoabilidade da relação de promessa-por-consideração, ao menos em *The Moorcock*, poderia ter sido utilizada para justificar decisões opostas. Em outras palavras, a teoria não conseguiu explicar por que se aplicou uma solução em vez de outra.

Isso será mais explorado na seção 6. Na seção seguinte, discutir-se-á a teoria de Benson sobre a *implication* conforme aplicada às doutrinas de impossibilidade e frustração.

4 A IMPOSSIBILIDADE E A FRUSTRAÇÃO SEGUNDO BENSON

As doutrinas da impossibilidade e da frustração depreendem das transações alguns termos implícitos que delimitam situações em que uma parte está liberada de suas obrigações contratualmente assumidas. Benson reconhece que faz parte da natureza das obrigações contratuais a sua obrigatoriedade mesmo em algumas situações imprevistas: isso é parte da razoabilidade imputada às partes, e o contrário enfraqueceria a credibilidade de uma obrigação contratual. Ainda assim, certas hipóteses em que uma parte foi implicitamente escusada de sua obrigação pelo contrato eram reconhecidas pela *common law* mesmo antes de a doutrina da impossibilidade se consolidar.³⁴ Com essas considerações, o autor procura demonstrar como essas doutrinas são compatíveis com seu conceito de razoabilidade. Esta seção expositiva apresenta os dois precedentes emblemáticos invocados por Benson com essa finalidade: *Taylor v. Caldwell* e *Krell v. Henry*.

4.1 Impossibilidade: Taylor V. Caldwell (1863)

Taylor v. Caldwell é um caso em que os demandantes haviam contratado com os réus (donos do Surrey Gardens and Music Hall) para alugar um salão a fim de dar festas e realizar concertos; contudo, no dia anterior ao primeiro concerto, o salão foi destruído por um incêndio sem culpa de nenhuma das partes. Os demandantes ajuizaram ação de perdas e danos, e Justice Blackburn, ao decidir o caso, formulou a doutrina moderna de impossibilidade. Segundo o magistrado:

Quando, da natureza do contrato, parece que as partes *devem*, desde o início, ter sabido que ele não poderia ser cumprido se, quando do cumprimento, uma coisa específica não continuasse a existir, de modo que elas *devem* ter contemplado essa existência continuada como a fundação do que seria feito; então, na ausência de qualquer garantia expressa ou implícita de que a coisa continuaria a existir, o contrato não deve ser interpretado como um contrato positivo, mas como um contrato sujeito a uma condição implícita de que as partes serão escusadas no caso de, antes de haver inadimplemento, o inadimplemento se tornar impossível em razão do perecimento da coisa sem culpa do contratante.³⁵ (Benson, 2019, p.147)

³⁴ Benson, 2019, p. 146.

³⁵ “[W]here, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that, when entering into the contract, they must have contemplated such continuing

Portanto, a impossibilidade se configura quando ocorre uma situação contrária ao que as partes *devem ter assumido* como condição para que uma obrigação fosse possível de ser adimplida. No caso, a condição implícita era a continuação da existência do salão, que já não existe; e depreender do contrato a obrigação implícita dos locadores de evitar desastres a qualquer custo *ou* a de reconstruir o salão em um dia para que o concerto fosse possível claramente geraria a total falha de consideração e seria mesmo a negação completa da real transação que ocorreu entre as partes. Portanto, essa visão transacional da impossibilidade parece ter conseguido guiar a corte a sua decisão.

Há outras hipóteses que não tornam as obrigações impossíveis, mas que afetam a “natureza razoavelmente esperada do benefício que o promissário receberia por meio da obrigação prometida” (Benson, 2019, p.150).³⁶ Essas são as hipóteses da frustração.

4.2 Frustração: Krell V. Henry (1903)

Em *Krell v. Henry*, Henry contratou com Krell para que este lhe alugasse alguns quartos com boa vista da coroação do rei e das subsequentes celebrações que aconteceriam em um período determinado. Entretanto, as cerimônias foram canceladas em razão de uma enfermidade do rei.

Apesar de implícito no contrato, o propósito único de ver a coroação era evidente para Krell (o locador) não somente pela fama do evento, como também pelos anúncios colocados pelo próprio locador, pelo aumento do preço de locação dos quartos que davam vista para a coroação e pelo fato de que Henry alugara os quartos somente para os dias do evento, e não para as noites. Com base nisso, Henry alegou uma condição implícita e se negou a pagar o valor; em resposta, Krell ajuizou ação para que o valor fosse pago, alegando que o cumprimento das obrigações independia dos interesses pessoais do réu não expressos no contrato. Ainda segundo Krell, a possibilidade do cancelamento era previsível.

Lord Justice Vaughan Williams julgou que a vista da coroação era tida por ambas as partes como a base do acordo, o objetivo pressuposto do contrato. Seu cancelamento não era

existence as the foundation of what was to be done; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor.” No Código Civil Brasileiro de 2002, normas semelhantes se encontram especialmente nos artigos 234, 238, 248 e 250.

³⁶ “Circumstances can also affect the reasonably expected nature of the benefit that the promisee was to receive by way of that promised performance.”

um risco inerente à transação, e alterou radicalmente a natureza das obrigações razoavelmente contempladas.

Essa análise desconsidera completamente os elementos de previsibilidade e probabilidade. O cancelamento não gerou a frustração por ser imprevisível ou improvável, mas sim por (dever) ter sido visto por ambas as partes como uma condição implícita do cumprimento do contrato e por o cancelamento ter estado além de seu controle.

Os problemas dessa solução serão abordados na seção seguinte.

5 A ALOCAÇÃO DE RISCOS E A *UNCONSCIONABILITY*

Esta seção faz uma apresentação organizada dos problemas da teoria de Benson quanto a casos em que a solução depende da alocação de riscos. Em seguida, tenta-se aplicar a doutrina da *unconscionability* como potencial solução; porém, chega-se à conclusão de que isso introduziria um novo problema à teoria ao anular sua neutralidade em relação ao conteúdo, apresentada por Benson como uma de suas principais características.

5.1 A razoabilidade de Benson e os riscos do contrato

Percebeu-se que a solução do caso *Krell v. Henry*, bem como a do caso *The Moorcock*, dependeu em grande parte da alocação dos riscos no contrato. No caso específico de *Krell*, as cortes solucionaram o caso ao reconhecer o evento da coroação como uma condição implícita para a própria eficácia do contrato, e não um risco assumido por Henry. Isso, é claro, se relaciona estreitamente com a compreensão da corte da relação de promessa-por-consideração: Henry pagou dinheiro, e Krell forneceu o espaço de alguns quartos de apartamento *especificamente* para a coroação ser vista. O risco do cancelamento não foi assumido por Henry exatamente por a coroação fazer parte da própria relação transacional das partes.

Contudo, mesmo em uma análise puramente transacional, parece ser possível uma solução contrária à qual chegou a corte. Para tanto, basta compreender que a obrigação de Krell era a de fornecer quartos com vista para o local onde *poderia* ocorrer a coroação; em suma, como se Henry houvesse efetuado a compra de uma chance. O argumento da alta dos preços não refuta esse ponto: evidentemente, o preço de um quarto comum seria menor que o preço de um quarto com uma chance de ver uma coroação. O cancelamento, sob essa interpretação aparentemente razoável, seria um risco inerente ao contrato e plenamente

assumido por Henry. Parece difícil apontar como essa interpretação não se encaixaria na teoria de Benson. Ainda que Benson demande palavras claras e adequadas para que seja possível a promessa feita em troca de nada, é incerto se um resultado negativo de uma chance pode ser considerado contratualmente como nada.

De todo modo, o argumento ressalta um ponto já levantado por este artigo quanto ao caso *The Moorcock*: a teoria de Benson, ainda que tenha conseguido lidar de modo satisfatório com muitas situações de inadimplemento (ou de adimplemento disputado judicialmente), parece ter dificuldades ao lidar com a alocação dos riscos da transação. Por o autor não apresentar parâmetros para definir, na relação da promessa-por-consideração, o conteúdo exato da promessa e da consideração, especialmente os riscos de cada uma, a alocação desses riscos parece ser uma atividade argumentativa e de solução pouco evidente. Mais uma vez, o autor demonstrou que sua teoria foi efetivamente empregada pela corte no caso, mas não conseguiu demonstrar como ela foi capaz de guiar a decisão para um resultado em vez de outro.

Surpreendentemente, o maior argumento a favor dessa objeção é o seu reconhecimento pelo próprio autor:

Por fim, note que, ainda que a implementação dessa análise transacional em contratos específicos certamente não precise oferecer automaticamente uma única resposta correta para qualquer situação, suas considerações qualitativas governadas pelo padrão da necessidade objetivamente interpretada guiam, de fato, a inquirição e podem levar a respostas transacionalmente razoáveis.³⁷ (Benson, 2019, p.154-155)

O intento da teoria da *implication* de Benson é chegar a alguma resposta totalmente transacional, com respeito aos muitos critérios descritos no capítulo, e lhe parece razoável um caso ter diversas soluções possíveis. Entretanto, autor não menciona situações em que essas soluções podem ser opostas, e isso é evidentemente problemático: se uma teoria permite que a corte decida arbitrariamente entre duas soluções opostas, dificilmente se pode dizer que ela guia a decisão.

Uma resposta para esse desafio talvez possa ser encontrada em outro capítulo da obra de Benson, em sua explicação da doutrina da *unconscionability*.

5.2 A doutrina da *Unconscionability* como potencial solução

³⁷ “Note finally that while the implementation of this transactional analysis to specific contracts certainly need not automatically yield a single right answer in any given situation, its qualitative considerations governed by the standard of necessity objectively construed do actually guide the inquiry and can lead to transactionally reasonable answers.”

Enquanto o requerimento de consideração é um elemento neutro em relação ao conteúdo do contrato, essa neutralidade não permeia toda a teoria de Benson. Na obra, o autor defende que o conteúdo dos contratos seja regulado pelas cortes em alguma medida; e essa medida é ditada pela doutrina da *unconscionability*, a doutrina da *common law* responsável por tornar ineficazes cláusulas ou contratos abusivos.

Segundo Benson, essa doutrina é harmônica com a neutralidade de conteúdo da consideração, tendo um papel diverso desta. Enquanto a consideração demanda prestações com algum valor *de uso*, a *unconscionability* garante o equilíbrio entre o valor *de troca* dessas prestações (basicamente, seu valor econômico), servindo como o passo seguinte na análise de um contrato. A definição de Benson da doutrina de *unconscionability* pode ser sintetizada no preceito de que não se aplica um contrato cujas prestações tenham valores de troca flagrantemente desproporcionais quando a parte prejudicada não tenha contratualmente assumido o risco desse resultado, nem tenha firmado o contrato com intento donativo.³⁸ Sobre a consideração e a *unconscionability*:

Elas trabalham em conjunto e especificam aspectos essenciais dessa relação que se apoiam mutuamente. Enquanto o requisito da consideração prepara o terreno para os elementos normativos da *unconscionability*, esta desenvolve aquela, preenchendo e completando o que ela começa.³⁹ (Benson, 2019, p.176)

Com isso, nas hipóteses encontradas em que soluções opostas satisfazem igualmente a razoabilidade da *implication*, uma ou mais dessas hipóteses talvez possa ser afastada pela doutrina da *unconscionability*. No caso *The Moorcock*, quanto à interpretação (proposta neste artigo) de que o risco de danos ao navio era do demandante, pode-se utilizar a doutrina da *unconscionability* para objetar que, na verdade, o preço pago por ele poderia ser demasiado alto para que o contrato alocasse assim esse risco. No caso *Krell*, a solução é ainda mais simples: basta argumentar que o preço da locação, confirmadamente maior que o comum em razão da coroação, foi alto demais para que o locatário tivesse como benefício somente uma chance de vê-la.

³⁸ A definição de “intento donativo” de Benson não se deve confundir com o *animus donandi*. Com esse termo, o autor se refere somente a um intento objetivamente interpretado de assumir um ônus contratual maior que o benefício recebido em troca. Ver Benson, 2019, p. 173.

³⁹ “They work in tandem and specify essential and indeed mutually supporting aspects of that relation. Whereas the requirement of consideration prepares the ground for the normative elements of unconscionability, the latter builds on the former, filling out and completing what it begins.”

Não há motivo para fazer uma análise mais detalhada da aplicação dessas doutrinas nos casos supracitados. É claro, a *unconscionability* não foi utilizada expressamente na solução de nenhum deles; mesmo assim, deve-se admitir a possibilidade de uma corte encontrar soluções opostas e descartar uma delas por configurar alguma injustiça tão flagrante que prescindiu de explicações no contexto do julgamento.

Mas mesmo uma resposta positiva a esse questionamento traz à tona um problema diverso: quando Benson se refere à neutralidade da lei em sua abordagem da *implication*, ele se ocupa somente da neutralidade do requisito de consideração, deixando de fora a *unconscionability* (somente abordada no capítulo seguinte da obra). A *unconscionability*, é claro, regula exatamente o conteúdo dos contratos, estabelecendo um padrão de equilíbrio de valor de troca entre as prestações e, portanto, ditando como um contrato *deve ser*. Dessa forma, a doutrina não é dotada de nenhuma forma de neutralidade quanto ao conteúdo; e, assim, ao recorrer a ela para guiar a *implication*, acaba-se cedendo à afirmação mais básica de Craswell no artigo enfrentado por Benson: teorias neutras em relação ao conteúdo não são capazes de guiar efetivamente a *implication*.

CONCLUSÃO

Ainda que a razoabilidade na *implication* como vedação da falha total de consideração seja um conceito útil, internamente consistente e comprovadamente utilizado em diversos casos da *common law*, há ressalvas para sua capacidade de guiar a *implication*. Em dois dos casos citados por Benson, o conceito apresentado deu margem para que a corte pudesse escolher arbitrariamente entre duas decisões opostas e, a princípio, igualmente conformes à razoabilidade. A tentativa de uso da doutrina da *unconscionability* para auxiliar a escolha demonstrou a possibilidade de um resultado positivo, mas revigorou o argumento de Craswell ao afastar a neutralidade da *implication* alegada por Benson.

Em conclusão, parece haver dois caminhos para a teoria de Benson lidar com esse problema: (a) explicitar mais critérios de conteúdo neutro que possam levar a jurisdição a preferir uma decisão a outra quando decisões opostas se mostrarem conformes à vedação da falha de consideração; ou (b) reconhecer na *implication* elementos reguladores de conteúdo, à semelhança da doutrina da *unconscionability*. Importa lembrar que o intuito da teoria de Benson não é refutar o artigo de Craswell: se a teoria da *implication* não for neutra em relação ao conteúdo, a refutação parece totalmente desnecessária.

REFERÊNCIAS

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

CRASWELL, Richard. Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising. *Michigan Law Review*, v. 88, n. 3, p. 489-529, 1989.

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

