

COMENTÁRIO ÀS IDEIAS DE “CORRELATIVIDADE E PERSONALIDADE” EM ERNEST WEINRIB

Catarina Helena Cortada Barbieri ¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo apresentar os conceitos fundamentais desenvolvidos pelo filósofo da responsabilidade civil Ernest Weinrib em seu último livro, *Corrective Justice* (2012). O artigo concentra atenções ao primeiro capítulo do livro, “Correlativity and Personality”, no qual Weinrib expõe o cerne dos seus argumentos conceituais e normativos acerca da justiça corretiva. Compreender estes conceitos fundamentais é importante para qualquer estudioso que investigue a obra de Weinrib pela primeira vez e pode ainda renovar o interesse daqueles especialistas em responsabilidade civil já familiarizados com as suas posições acerca da relação entre responsabilidade civil e justiça corretiva.

ABSTRACT: This article aims to explain some of the core concepts that tort law philosopher Ernest Weinrib has expounded in his latest book *Corrective Justice* (2012). The article concentrates on the first chapter of the book, “Correlativity and Personality”, in which Weinrib lays down the core of his conceptual and normative argument about corrective justice. Understanding these core concepts may be of interest for any scholar delving into Weinrib’s *oeuvre* for the first time, and might bring a renewed interest for those in the tort law field already familiar with his contentions about the relationship between tort law and corrective justice.

Palavras-chave: Justiça corretiva. Correlatividade. Personalidade. Direito privado. Responsabilidade civil.

Keywords: Corrective justice. Correlativity. Personality. Private law. Tort law.

SUMÁRIO: Introdução; A concepção jurídica de justiça corretiva: correlatividade e personalidade; Notas finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Ernest Weinrib é um autor fundamental no debate sobre o direito privado anglo-saxão e a *theory of law* (jurisprudência), tendo influenciado fortemente o desenvolvimento de estudos acadêmicos contemporâneos no campo conhecido como “filosofia do direito privado”.¹ Embora

¹ Doutora (2012) e Mestre (2008) em Direito (área de concentração 'Filosofia e Teoria Geral do Direito') pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduada em Direito (2003) pela mesma universidade. Durante o doutorado foi Fox International Fellow (2010-2011) na Yale University e Visiting Doctoral Student na University of Toronto Faculty of Law (Outubro/2011). Atualmente é editora-chefe da Revista Direito GV, coordenadora adjunta de publicações e professora da FGV Direito SP. Áreas de interesse: filosofia e teoria do direito; filosofia política; teoria feminista; direito e gênero; sociologia jurídica; metodologia de ensino e metodologia de pesquisa. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0332-7063>

¹ Sobre a importância de Ernest Weinrib para o desenvolvimento da filosofia do direito privado, ver: HORDE, Jeremy. Can the Law Do without the Reasonable Person?, *University of Toronto Law Journal*, v. 55, n. 2, p. 253-269, 2005; RIPSTEIN, Arthur. Editor’s Note. *University of Toronto Law Journal*, Special

ele esteja desenvolvendo suas ideias desde o final dos anos 1980 – explorando, de início, os fundamentos filosóficos da responsabilidade civil² – a exposição mais metódica e abrangente de suas opiniões pode ser encontrada em *The Idea of Private Law* (1995). A pedra angular de sua posição é que a justiça corretiva é a estrutura normativa interna que informa a responsabilidade no direito privado.³

O último livro de Ernest Weinrib, *Corrective Justice*⁴, é uma tentativa notável de defender pontos de vista que foram anteriormente declarados em *The Idea of Private Law*⁵. Ele reafirma que os seus pontos de vista sobre a justiça corretiva são aplicáveis à responsabilidade civil – como afirmava seu livro anterior – mas continua mostrando como são aplicáveis a outras áreas do direito que não a responsabilidade civil, incluindo contratos, enriquecimento sem causa, direito de restituição e direito de propriedade, bem como a forma como se relacionam com o quadro institucional em que opera o direito privado e com as soluções remediais. O livro também inclui um capítulo sobre como a justiça corretiva está presente na lei judaica e sua solução para o problema dos benefícios não solicitados, reforçando ainda mais seu argumento de que a justiça corretiva é uma ferramenta teórica útil para a comparação da doutrina jurídica em diferentes sistemas jurídicos. Há também um capítulo final no qual Weinrib examina criticamente a educação jurídica no sistema do *common law* com sugestões sobre como reformá-lo. Seu argumento é o de que a educação jurídica é dominada por abordagens instrumentalistas que não refletem a prática do direito privado; ao contrário, é melhor e corretamente entendida sob uma estrutura de justiça corretiva.

Quando confrontados com as afirmações provocativas e intrigantes de Weinrib – como "O propósito do direito privado é ser direito privado"⁶ ou "O direito privado é exatamente como o amor"⁷ – poucos estudiosos ocuparam tempo para entender o que ele estava tentando

Issue: Understanding Law on Its Own Terms: Essays on the Occasion of Ernest Weinrib Killam Prize, v. 61, n. 2, p. i-vi, 2011. Sobre as contribuições de seu mais recente livro, *Corrective Justice*, ver: RECENT publications. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 486-488, 2013. Available at: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_11152013recentpublications.pdf>. Access on: 19 jan. 2020.

² A primeira tentativa completa de Weinrib de apresentar uma teoria do direito data de 1988, em: WEINRIB, Ernest J. Legal Formalism: on the immanent rationality of law. *Yale Law Journal*, v. 97 p. 949-1016, 1988. Nos anos seguintes, ele publicou suas primeiras avaliações completas da lógica interna da responsabilidade civil em WEINRIB, Ernest J. *The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law*. *Valparaiso Law Review*, v. 23, n. 3, p. 485-526, 1989; e também em WEINRIB, Ernest J. Thinking about Tort Law. *Valparaiso Law Review*, v. 26, p. 717-722, 1992.

³ No Brasil, há algumas dissertações que tratam do trabalho de Weinrib. Conferir: DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no direito brasileiro*: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado. 2005. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Civil*. 2008. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil*. 2012. 266f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012. Para conferir o trabalho de Weinrib traduzido para a língua portuguesa, ver: WEINRIB, Ernest J. A teoria do formalismo jurídico. Trad. Catarina Helena Cortada Barbieri. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Org.). *A justificação do formalismo*: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁵ WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

⁶ Idem. *Ibidem*. p. 5.

⁷ Idem. *loc. cit.*

transmitir⁸. Neste novo livro, suas alegações parecem indicar que ele não foi levado totalmente a sério quando afirmou que a justiça corretiva é a ideia que informa todo o direito privado, e não apenas o direito civil; que a própria compreensão do que significa justiça corretiva também foi mal compreendida e, por fim, que a justiça corretiva não era apenas uma noção filosófica abstrata e destacada, que não tinha relação com a doutrina jurídica e a análise doutrinária, e também sobre como se deve estruturar a educação jurídica⁹.

Como é possível imaginar a partir da ampla gama de temas e referências eruditas incorporadas, em muitos aspectos, em *Corrective Justice*, pode-se dizer que é um livro ainda mais ambicioso do que *The Idea of Private Law*. Ele extrapola o direito privado, discutindo como a justiça corretiva pode nos ajudar a entender alguns tópicos selecionados do direito público, especialmente o dever do Estado de apoiar os pobres. Finalmente, como mencionado acima, o livro também tenta discutir e criticar a difusão das abordagens instrumentalistas no estudo do direito e como a reinserção da justiça corretiva na educação jurídica pode nos ajudar a integrar o que Weinrib vê como uma disjunção entre o estudo universitário do direito e a prática jurídica.

Apesar da vasta gama de tópicos presente em *Corrective Justice*, esses comentários se concentrarão exclusivamente no primeiro capítulo do livro, “Correlatividade e Personalidade”, no qual Weinrib estabelece o cerne de seu argumento conceitual e normativo sobre justiça corretiva. É em grande parte uma reafirmação dos argumentos que ele vem desenvolvendo desde *The Idea of Private Law*. Portanto, a compreensão desses conceitos centrais pode ser do interesse de qualquer estudioso que esteja investigando a obra de Weinrib pela primeira vez, e pode trazer um interesse renovado para aqueles, no campo da responsabilidade civil, já familiarizados com suas alegações anteriores sobre a relação entre responsabilidade civil e justiça corretiva.

A CONCEPÇÃO JURÍDICA DE JUSTIÇA CORRETIVA: CORRELATIVIDADE E PERSONALIDADE

Em “Correlatividade e Personalidade”, o objetivo de Weinrib é mostrar as razões pelas quais uma abordagem de justiça corretiva para o entendimento do direito privado – que ele chama de ‘concepção jurídica de justiça corretiva’ – é superior a outras abordagens. A

⁸ As críticas à aproximação de Weinrib entre a lei e o amor são encontradas em: GARDNER, John. Review: The purity and priority of private law. *The University of Toronto Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 459-493, 1996; RABIN, Robert L. Review: Law for law’s sake. *The University of Toronto Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 2261-2283, 1996.

⁹ Na introdução de *Corrective Justice*, Weinrib anota que: “The material in this book presents what these relationally normative considerations are and how they work across various bases of liability. Over the last few decades corrective justice has become well entrenched in the theory of tort law. In this book, however, the theoretical issues raised by tort law, though present, are not dominant. The book includes treatment of the areas of contract law, unjust enrichment, restitution, and the law of remedies. It also explores the significance of corrective justice for the comparative study of law ..., for legal education, and for considering the connection between property and the state’s obligation to the poor.” WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 2.

controvérsia subjacente é que as abordagens instrumentalistas¹⁰, como a análise econômica do direito, e as pluralistas e distributivas, não podem capturar corretamente a natureza do direito privado como uma prática normativa.

O objetivo da ‘concepção jurídica da justiça corretiva’ é divulgar a natureza da responsabilidade, ou seja, a estrutura e os pressupostos normativos da responsabilidade no direito privado como processos internos de justificação de forma justa e coerente em relação aos dois polos da relação. Também é a partir disso que se fornece uma perspectiva crítica interna à esfera de responsabilidade que pode ser usada para avaliar arranjos institucionais específicos e doutrinas jurídicas.¹¹

Weinrib afirma que, se alguém deseja explicar a natureza da responsabilidade no direito privado, deve ser capaz de explicar duas características mutuamente complementares: (i) a natureza da conexão entre as partes e (ii) a natureza das partes envolvidas. Noutros termos, significa que as partes importam apenas por causa do vínculo normativo entre elas e pelo fato de somente interessar o vínculo entre as partes na medida em que sejam normativamente capazes de associação em termos de responsabilidade.¹² Não há pontas soltas: as partes e a conexão funcionam como um circuito fechado, uma unidade.

Uma das premissas fundamentais de Weinrib é que o direito aspira à coerência – mais precisamente, aspira a ser um todo internamente coerente – mesmo se às vezes a única coisa que pode ser dita sobre a prática jurídica e as regras jurídicas é que a coerência é, de fato, uma aspiração. Em seguida, Weinrib afirma que as duas ideias complementares constitutivas da concepção jurídica da justiça corretiva e as pedras fundamentais de uma teoria da responsabilidade como um todo internamente coerente são correlatividade e personalidade.¹³

A correlatividade esclarece o aspecto mais manifesto do direito privado: “que a responsabilidade vincula autor e réu – e elabora suas implicações teóricas”.¹⁴ A personalidade trata do conteúdo moral das relações jurídicas. O conceito visa expressar o que está universalmente presente em qualquer conjunto particular de direitos e deveres, o que, de acordo com Weinrib, é a “capacidade de intencionalidade das partes, independentemente de qualquer propósito específico”.¹⁵

Metodologicamente, Weinrib afirma que devemos seguir a característica geral do pensamento jurídico, que é trabalhar de casos particulares para conceitos gerais e cada vez mais abstratos. Consequentemente, a concepção jurídica da justiça corretiva é um exercício de abstração das relações jurídicas concretas e particulares às características doutrinárias e

¹⁰ Como sabemos por seus trabalhos anteriores, Weinrib escreve contra todos os tipos de teorias instrumentalistas e qualquer teoria que presuma que o direito privado promova ou deva promover qualquer objetivo desejável particular pode ser identificada como instrumentalista. Nesse contexto, ver: WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995. p. 2-5.

¹¹ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 14.

¹² *Idem*. loc. cit.

¹³ *Idem*. *Ibidem*. p. 15.

¹⁴ *Idem*. *Ibidem*. p. 23.

¹⁵ *Idem*. *Ibidem*. p. 24.

institucionais do direito privado e daí ainda mais até que a teoria atinja suas características e conceitos mais penetrantes e gerais.

A vantagem de proceder desta forma é que a concepção jurídica da justiça corretiva fornecerá uma descrição acurada e uma perspectiva crítica interna à lei com a qual podemos julgar justificativas que não se enquadram neste conceito – como afirma Weinrib – “do ponto de vista da própria responsabilidade”¹⁶.

O *insight* sobre a correlatividade vem de uma leitura particular do Livro V da *Ética a Nicômaco* (*Nicomachean Ethics*) de Aristóteles, através das lentes do formalismo jurídico¹⁷. O *insight* sobre a personalidade vem da tradição do direito natural presente na filosofia de Kant e de Hegel, embora Weinrib extraia ideias mais diretamente de *The Metaphysics of Morals* de Kant¹⁸.

A leitura de Aristóteles por Weinrib fornece a ideia de que justiça corretiva e distributiva são duas *formas de justiça*, ou seja, duas estruturas abstratas que explicam as relações entre as pessoas e o que é considerado tratamento justo e igual a partir de uma perspectiva exclusivamente estrutural (ou interna). É pelo fato de as relações jurídicas entre as pessoas poderem, em última análise, ser explicadas e entendidas à luz dessas duas *formas* básicas de justiça – dentro das quais todos os conteúdos particulares acabarão se encaixando – que Weinrib afirma ter uma teoria do *formalismo* jurídico¹⁹. A justiça corretiva lida com transações voluntárias e involuntárias entre duas partes. A injustiça surge quando uma das partes comete e a outra sofre a mesma injustiça, criando uma desigualdade entre as duas. Corrigir a injustiça e restaurar a igualdade nocional anterior entre as partes implica trazê-las ao *status quo ante*.

A função retificatória da justiça corretiva mostra a conexão que existe entre o remédio e o dano: o agente cometeu um erro ao perturbar a igualdade nocional entre as partes e o remédio deve restaurar essa igualdade, geralmente pelo pagamento de uma indenização ao sofredor, equivalente ao dano. Este é o entendimento tradicional de ilícitos e contratos.

A justiça distributiva, por outro lado, trata da divisão entre os membros de uma comunidade daquilo que é divisível (benefícios ou encargos) com base em um determinado critério. A injustiça surge quando o critério não se aplica a uma pessoa ou grupo que, portanto, goza desproporcionalmente de um benefício ou sofre um ônus nessa determinada distribuição. A igualdade envolve a aplicação do critério – distribuição proporcional – retirando o benefício ou encargo extra de uma pessoa ou grupo e redistribuindo para o resto do grupo. Enquanto a justiça

¹⁶ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 14.

¹⁷ WEINRIB, Ernest J. Legal Formalism: on the immanent rationality of law. *Yale Law Journal*, v. 97 p. 949-1016, 1988. p. 977-979; WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15-17.

¹⁸ Essas referências às ideias de Kant e Hegel podem ser encontradas desde seus primeiros trabalhos, a exemplo de WEINRIB, Ernest J. Legal Formalism: on the immanent rationality of law. *Yale Law Journal*, v. 97 p. 949-1016, 1988. p. 996-999; em seu livro mais influente e criticado, WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995, particularmente no capítulo 4 ("Kantian Right") até seu livro mais recente: WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 12, 24, 26.

¹⁹ Para a primeira apresentação completa desta ideia: WEINRIB, Ernest J. Legal Formalism: on the immanent rationality of law. *Yale Law Journal*, v. 97 p. 949-1016, 1988. Embora em *Corrective Justice* ele tenha abandonado as referências ao formalismo jurídico, os princípios básicos da teoria jurídica de Weinrib não mudaram.

corretiva vincula apenas duas partes em uma relação bipolar entre si, a justiça distributiva conecta qualquer número de partes, comparando sua situação relativa e aplicando o critério distributivo.

De acordo com Weinrib, este é o domínio da política e, quando se trata de direito, é o domínio de qualquer parte do direito que visa promover objetivos distributivos particulares, como o direito tributário ou os estatutos que estruturam qualquer regime de previdência social.

Weinrib argumenta que não apenas a responsabilidade no direito civil, mas também toda a teoria da responsabilidade no direito privado, é devidamente explicada em termos de justiça corretiva, uma vez que a função retificadora da justiça corretiva opera correlativamente em ambas as partes. O dano vincula tanto o causador quanto o sofredor, assim como o remédio que restaurará a igualdade nocional entre eles.²⁰

A estrutura institucional dentro da qual os tribunais operam também reflete isso. Os tribunais não podem simplesmente decidir sobre os danos para o réu; esses danos devem restituir a perda do reclamante. O remédio deve, simultaneamente, reparar a perda injusta sofrida pelo sofredor, removendo o ganho desfrutado pelo agente. Porque eles não foram unidos por acaso, mas sim os polos ativo e passivo da mesma injustiça, o julgamento do tribunal deve corrigir ambos os lados da injustiça ao mesmo tempo.

Weinrib afirma que o raciocínio jurídico em direito privado deve levar este ponto em consideração e as razões que se aplicam para tornar o réu responsável devem ser as mesmas razões que se aplicam para tornar o autor do processo merecedor de uma indenização. As únicas considerações em jogo devem ser aquelas que se aplicam igualmente a ambas as partes.

É por isso que a lei de negligência é um paradigma da operação de correlatividade na lei de responsabilidade civil, enquanto a responsabilidade objetiva ou mesmo a *deep pocket doctrine* são a antítese dela na lei de responsabilidade civil²¹; e a indenização punitiva é a antítese da operação da concepção jurídica da justiça corretiva dentro da lei dos contratos²². Todas essas doutrinas jurídicas destacam a posição de uma das partes como aquela que será relevante para a determinação da responsabilidade. Razões que não são correlativas a ambas as partes ao mesmo tempo devem, portanto, ser excluídas da consideração. Consequentemente, isso também exclui qualquer consideração das virtudes relativas das partes ou qualquer consideração distributiva em relação às suas necessidades econômicas²³.

Weinrib afirma que a noção de direitos e deveres presentes na lei das obrigações expressam perfeitamente a correlatividade. O conteúdo do direito deve ser correlativo ao conteúdo do dever de não interferir com esse direito. Quando o agente interfere com um certo direito, isso corresponde ao que se espera que seja retirado da vítima. Consequentemente, em

²⁰ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 16.

²¹ BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Civil*. 2008. 144f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil*. 2012. 266f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

²² BOTTERELL, Andrew. Book Review: *Corrective Justice*, by Ernest J. Weinrib. *Mind*, v. 123, n. 491, p. 966-970, July 2014.

²³ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 19.

vez de ser uma ideia estranha, obscura ou mesmo nova, a correlatividade representa com um nível maior de abstração uma característica paradigmática e bem conhecida desse reino do direito.

Assim, correlatividade é o termo cunhado por Weinrib para elucidar o primeiro aspecto-chave da estrutura de responsabilidade em relação à natureza da relação entre as partes: “que a responsabilidade do réu é sempre uma responsabilidade para o autor”²⁴. A correlatividade não tem apenas um papel estrutural, mas também regulador, ao determinar que apenas as razões e justificativas que abrangem ambas as partes e o acordo de justiça corretiva devem ser consideradas, tornando o direito justo para ambas as partes e internamente coerente²⁵.

Personalidade é o termo usado por Weinrib para elucidar o segundo aspecto fundamental da responsabilidade, que são as características das partes no relacionamento. A questão aqui é se existe uma ideia abstrata – complementar à correlatividade – que explica o conteúdo normativo da posição das partes; isto é, a força moral que vincula o conteúdo dos direitos e deveres do direito privado. A resposta de Weinrib deriva da teoria kantiana dos direitos.

Ser complementar à correlatividade significa que as noções de direitos e deveres devem ser correlativas entre si e, conseqüentemente, seu conteúdo também. Como afirma Weinrib: “os direitos não são normativamente significativos para o direito privado simplesmente em virtude do fato de que aumentam o bem-estar do demandante”²⁶. O bem-estar de uma pessoa pode ser afetado positivamente por ser atribuído um direito ou negativamente afetado por ser atribuído um dever, mas as potenciais conseqüências positivas e negativas de ter direitos e deveres não podem ser confundidas com os fundamentos de um direito ou dever. Direitos, deveres e bem-estar são distintos, e personalidade é o conceito abstrato que compreende o que está “amplamente presente em direitos e deveres específicos”²⁷.

Formulado usando categorias elaboradas pela primeira vez por Kant, Weinrib explica que o que está amplamente presente em direitos e deveres é a capacidade de intencionalidade (*capacity for purposiveness*) das partes, que adquire relevância jurídica quando externalizada. Mais uma vez tomando a lei da negligência como um exemplo paradigmático, Weinrib aponta que a doutrina jurídica sustenta que “o réu não pode ser responsabilizado na ausência de um ato, definido como uma manifestação externa da vontade”²⁸.

De um modo geral, ter propósito significa fazer algo com um propósito, uma motivação. Implica ação derivada da volição. Na teoria de Weinrib, do lado dos deveres, o propósito é fundamental, independentemente de qualquer propósito em particular, seja ele meritório ou não. Qualquer expressão de vontade – um ato – que implique uma violação do dever é suficiente. Ao lado dos direitos, adquirir ou transferir um direito deve envolver volição: “a intenção do adquirente ou do cedente em relação ao objeto do direito.”²⁹

²⁴ Idem. Ibidem. p. 18.

²⁵ Idem. loc. cit.

²⁶ Idem. Ibidem. p. 22.

²⁷ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 23.

²⁸ Idem. loc. cit.

²⁹ Idem. loc. cit.

Weinrib afirma que ter o direito é ter o poder de exercer a própria vontade sobre algo. Exercer esse poder implica um propósito, mas o propósito específico em jogo (aquisição, transferência ou uso) é irrelevante para a lei porque a validade do direito é prescrita por lei, independentemente das necessidades ou interesses particulares que possam motivar as partes. É por isso que se tem o exercício da intencionalidade independentemente de qualquer propósito particular.

Weinrib afirma que a *personalidade* – definida como capacidade para uma agência intencional que não leve em conta propósitos particulares – é uma característica distinta do regime de responsabilidade e determina a *concepção da pessoa* que está por trás da responsabilidade e seu regime de direitos e deveres.

Do ponto de vista do agente da injustiça, a personalidade como capacidade de intencionalidade contém as condições indispensáveis para a atribuição de responsabilidade pelos efeitos de uma ação. Do ponto de vista do sofredor, a personalidade é a base dos direitos que marcam a esfera que os outros devem tratar como inviolável. A injustiça ocorre quando esse propósito é efetivado em ambos os lados dessa relação, por meio do direito infringido e do dever correlato violado.³⁰

Assim, a diminuição do bem-estar por si só não contará como uma injustiça para a concepção jurídica de justiça corretiva, a menos que seja o resultado de uma violação de um direito. Personalidade é a concepção mais abstrata das partes como titulares de direitos e deveres e, em seu papel regulador, indica quais são os motivos e as justificativas que dizem respeito à responsabilidade como área justa e coerente do direito. Enquanto a correlatividade aponta que a responsabilidade no direito privado opera em uma estrutura de direitos e deveres, a personalidade indica no nível mais abstrato qual é a natureza desses direitos e deveres. Juntos, eles explicam a força moral que liga internamente o agente e o sofredor de uma transgressão de direito privado.

Metodologicamente, a concepção jurídica funciona desde as particularidades da interação jurídica e da doutrina jurídica até as categorias gerais e abstratas de correlatividade e personalidade. Weinrib afirma que a personalidade não é a fonte da qual a teoria deriva, mas está latente na prática normativa de responsabilidade. Além disso, a concepção jurídica não se preocupa com a agência racional como tal. Embora Weinrib reconheça a influência das filosofias de direito natural de Kant e Hegel para a formulação da ideia de personalidade dentro da concepção jurídica de justiça corretiva, ele afirma que não é necessário aceitar a explicação filosófica da escolha racional presente nessas filosofias para admitir a concepção jurídica como explicação correta dos principais aspectos da responsabilidade. Weinrib sustenta que as considerações kantiana e hegeliana do direito privado estão disponíveis como um “repositório de percepções” a respeito da coerência dentro das relações jurídicas e de como a doutrina jurídica pode alcançar coerência, mas não necessariamente porque exibem uma visão verdadeira do

³⁰ Idem. Ibidem. p. 25.

que é uma agência racional. Em suas palavras, “a força ou verdade da agência racional é uma questão para a filosofia e não uma questão para a teoria do direito privado”³¹.

Para Weinrib, o que torna a concepção jurídica de justiça corretiva uma forma superior de explicar a responsabilidade no direito privado “é seu sucesso em representar, em um nível abstrato, a coerência da razão prática enquanto opera para determinar a responsabilidade”.³² O argumento de Weinrib é que a representação mais precisa requer duas ideias complementares que são coerentes entre si, ou seja, são coerentes internamente: correlatividade e personalidade. A coerência valida o direito privado como prática normativa. Portanto, todos os aspectos fundamentais do direito privado devem atender a esse padrão.

NOTAS FINAIS

Na conclusão de *Corrective Justice*, Weinrib resume seu empreendimento teórico afirmando que, “este livro ofereceu pureza sem positivismo”.³³ Como um estudioso que vai além da mera crítica às abordagens instrumentalistas da responsabilidade civil – uma de suas primeiras áreas de interesse em meados da década de 1980 –, Weinrib tenta reacender o interesse dos filósofos jurídicos por um certo tipo de reflexão sobre o direito que ele vê representado nas obras de Hugo Grotius e Immanuel Kant.³⁴

Em *Corrective Justice*, Weinrib abandona expressões como formalismo, formas de justiça (a forma de justiça corretiva e a forma de justiça distributiva) e a inteligibilidade imanente que vem usando desde os anos 1980, e afirma mais claramente que a concepção jurídica da justiça corretiva é sobre justiça entre as partes e coerência estrutural interna. No entanto, seus principais pontos teóricos e metodológicos não mudaram.

Weinrib argumenta que o papel de um teórico é desvendar a natureza do direito e seu interesse principal é descobrir qual é a natureza do direito privado. Para isso, não é necessário olhar para nenhum outro lugar, mas para o próprio direito privado, para desemaranhar a estrutura interna e o conteúdo do direito privado. Além disso, porque o direito aspira – de fato, os estudiosos aspiram – que o direito seja um conjunto coerente de paradigmas para a ação, a tarefa do acadêmico é desvendar as características estruturais e substantivas que tornam o direito privado internamente coerente.

³¹ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 28-35. É por isso que Weinrib afirma que a descrição de Martin Stone sobre sua teoria – como buscar validação externa para justiça corretiva por meio da derivação do conceito de personalidade da agência racional – é completamente errada. Para um relato detalhado dessa crítica: STONE, Martin. On the Idea of Private Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 9, p. 235-277, 1996.

³² WEINRIB, Ernest J. op. cit. p. 32.

³³ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 343.

³⁴ Para Weinrib, Grotius e as filosofias jurídicas de Kant têm os atributos que ele busca em seu próprio trabalho: tratar o *Jus* como uma esfera normativa que pode ser entendida e avaliada em seus próprios termos. Em Grotius, como uma esfera separada da política. Em Kant, como uma esfera separada das obrigações éticas; *Lex* (direito positivo) só é justificado como uma expressão do que é legítimo, ou seja, como uma questão de *Jus*. WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 342.

A justiça tem um papel importante porque o direito privado não pode ser coerente internamente se trata uma das partes de forma injusta. É assim que Weinrib pode apresentar uma teoria de direito privado que pode ser “pura” – porque é uma análise de direito privado que tenta se livrar de qualquer valor que poderia tornar o direito privado um *fiat* para outra coisa – “sem ser positivista” – porque não está tentando explicar como pode haver lei positiva válida (*Lex*), mas como a lei (*Jus*) pode ser justa em seus próprios termos³⁵.

No entanto, se as ideias centrais de Ernest Weinrib têm sido as mesmas desde meados da década de 1980, o mesmo acontece com os motivos para críticas. Nessas considerações finais, focalizo brevemente um conjunto de questões que podem ser levantadas sobre suas abordagens teóricas e metodológicas e as consequências para a teoria de direito privado que ele propõe.

Weinrib argumenta que a tarefa da teoria não é semântica, ou seja, não é fundamental determinar qual concepção de justiça corretiva expressa a melhor “prática terminológica”, mas a verdadeira tarefa da teoria é determinar de que maneira podemos lançar “mais luz sobre o caráter normativo do direito privado.”³⁶

Portanto, devemos nos perguntar se é possível tentar desenredar a natureza do direito privado da maneira que Weinrib sugere. Se o direito não é uma questão de fatos brutos, esta descrição puramente não instrumental da coerência interna do direito privado é a melhor maneira de lançar luz sobre o direito privado?

Essa busca pela natureza do direito privado parece disfarçar algum tipo de dimensão essencialista de análise que não leva em consideração o fato de que o direito é uma construção social e conceitual.

Uma descrição correta da racionalidade interna do direito privado pode ser um exercício explicativo muito útil, mas a teoria de Weinrib também tem objetivos prescritivos ao aplicar a *concepção jurídica da justiça corretiva* à doutrina jurídica. Ao discutir como doutrinas particulares de direito privado – como responsabilidade objetiva em atos ilícitos ou danos punitivos em direito contratual, que não atendem ao padrão imposto pela concepção jurídica de justiça corretiva, Weinrib parece estar reivindicando, embora nunca explicitamente ou seguindo qualquer sugestão mais específica sobre o que fazer, que essas áreas do direito privado sejam reformadas ou excluídas do direito privado.³⁷

Essas áreas do direito privado, incoerentes com a concepção jurídica da justiça corretiva, criam encargos que recaem pesadamente sobre uma das partes, portanto,

³⁵ Inspirado pelo ponto metodológico de Hans Kelsen em *The Pure Theory of Law* (1934), Ernest Weinrib indaga: “... what would a pure theory of law look like if it were not positivist?... Presumably a non-positivist pure theory would focus not on the validity of law but on the reasons that are properly in play in the determination of legal controversy.” WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 342. Isso não quer dizer que Weinrib concorde com a descrição da lei fornecida pela leitura de Kelsen. Embora esteja claro que Weinrib conhece seu trabalho a partir das muitas citações de *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1997) no terceiro capítulo de *Corrective Justice*, seu ponto é metodológico. A teoria pura de Kelsen é uma metodologia que inspira Weinrib em seu próprio trabalho.

³⁶ WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 335-336.

³⁷ Uma interpretação precisa do projeto de Weinrib pode ser encontrada na análise da Sandy Steel, “Private Law and Justice”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, n. 3 (2013), pp. 612-617

sobrecarregam injustamente uma das partes. Para Weinrib, não pode haver qualquer valor – distributivo ou outro – que justifique tais acordos dentro do direito privado. Essa ideia está em sintonia com a pureza que a teoria aspira, incluindo a pureza da esfera política na qual os objetivos do direito são discutidos e decididos.³⁸

Como George P. Fletcher³⁹ afirmou uma vez, o problema na responsabilidade civil – como na lei de forma mais geral – continua a ser de coordenação, cooperação e solidariedade social, e não de análise interna. Esses problemas necessariamente voltam nossa atenção – senão para a validade – para o que deve contar na criação de um novo direito positivo que ajudará a estabelecer sobre o que é ou deveria ser a controvérsia jurídica e o que conta como boas e más razões. Razões boas e más não estão pairando no ar; elas se relacionam com o direito positivo tanto quanto com a estrutura institucional em que os tribunais operam.

Se o método de Weinrib funciona desde o particular dos casos e doutrinas jurídicas até a concepção mais abstrata de justiça que pertence à relação entre as partes – portanto, formulando a concepção jurídica da justiça corretiva – como sua teoria pode dar tão pouca atenção às razões por trás criação do direito e ainda analisar o direito positivo e julgá-lo contra esse padrão interno que surge de casos e doutrinas particulares?

Weinrib diz abertamente que a circularidade é uma característica de seu método e não um problema ou embaraço para ele⁴⁰. Se o exercício teórico proposto por Weinrib fosse meramente descritivo, isso não seria um problema. No entanto, o que se sugere é, em primeiro lugar, fazer um retrocesso – num exercício descritivo – dos casos particulares e das doutrinas jurídicas à mais abstrata concepção de justiça que diz respeito à relação entre as partes. Em segundo lugar, há um movimento de avanço de seu conceito mais abstrato – a *concepção jurídica de justiça corretiva* – de volta à avaliação de doutrinas jurídicas e casos particulares em um exercício prescritivo que compromete esse segundo movimento.

Passar do lado descritivo para o avaliativo usando as ferramentas reunidas no primeiro dos dois trata o primeiro movimento como uma espécie de busca essencialista que mais tarde não pode ser transformada em um exercício avaliativo e prescritivo.

A busca dos elementos que melhor descrevem o direito privado – o que está dentro do círculo – é um exercício de escolha e não uma verdade autoevidente, já que em toda descrição

³⁸ É por isso que Weinrib pode afirmar que “O objetivo do direito privado é ser direito privado”. WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995. p. 5.

³⁹ FLETCHER, George. Review: Corrective Justice for moderns. Reviewed work: Risks and Wrongs, by Jules Coleman. *Harvard Law Review*, v. 106, n. 7, p. 1658-1678, 1993. p. 1668.

⁴⁰ “First, the juridical conception of corrective justice has no embarrassment about circularity. The juridical conception can be summed up in the brazenly circular proposition that the only purpose of private law is to be private law. The juridical conception treats liability as a self-contained normative practice that it seeks to understand in terms of its internal unity. Circularity it regards as a virtue. To step outside the circle in search of a source from which to derive what is inside it risks leaving unintelligible the starting point on which the rest depends. Second, the juridical conception of corrective justice already has a means of validation ...What validates the juridical conception is its success in representing at an abstract level the coherence of practical reason as it operates to determine liability.” WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 32.

existe um elemento valorativo.⁴¹ Selecionar certos elementos para fazer o trabalho descritivo – neste caso, correlatividade e personalidade – é um exercício defensável ou contestável por seus próprios motivos. No entanto, é problemático extrair reivindicações prescritivas do resultado disso.

Para Weinrib, a circularidade não é um problema porque a validação da concepção jurídica da justiça corretiva vem de “representar em um nível abstrato a coerência da razão prática enquanto opera para determinar a responsabilidade”.⁴² Mais uma vez, em princípio, isso não é um problema se as ambições teóricas de alguém forem apenas descritivas da natureza do direito privado em um determinado momento.

Quando se fala em doutrinas jurídicas incoerentes ou soluções particulares para casos concretos, toma-se uma posição e afirma que as principais características atuais do sistema – o *status quo* – são de fato a maneira correta de o fazer no futuro. Isso por si só é olhar para as possibilidades disponíveis para a criação do direito. É sair do círculo descritivo. Se não é isso que circularidade significa ou implica, é um ponto que precisa de mais esclarecimentos.

Essa teoria perspicaz e complexa apresenta muitos outros aspectos que poderiam ser discutidos em maior extensão, como o conceito de personalidade como “*intencionalidade independentemente de qualquer propósito específico*”, como a correlatividade e a personalidade se relacionam com outras áreas fora do direito privado e o que explicaria ou melhor descrever a coerência interna dessas áreas, se não a justiça corretiva e assim por diante.

Em qualquer caso, o trabalho de Weinrib é um convite para repensar nossa compreensão do direito privado – e talvez do direito como um todo – da visão instrumentalista focada no que o direito faz até a visão não instrumentalista do que é o direito. Considerando a influência duradoura de Hans Kelsen no pensamento jurídico brasileiro, o trabalho de Weinrib pode ser considerado menos mistificador no Brasil do que tem sido no mundo do *common law*.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Civil*. 2008. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *O formalismo jurídico de Ernest Weinrib e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil*. 2012. 266f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

BOTTERELL, Andrew. Book Review: Corrective Justice, by Ernest J. Weinrib. *Mind*, v. 123, n. 491, p. 966-970, July 2014.

⁴¹ Como John Finnis afirma, os teóricos inevitavelmente fazem julgamentos de valor sobre o que permanece dentro ou fora de suas teorias descritivas. Para Finnis “... there is no escaping the theoretical requirement that a *judgment of significance and importance* must be made if theory is to be more than a vast rubbish heap of miscellaneous facts described in a multitude of incommensurable terminologies.” FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 17, destaque nosso). Julie Dickson nomeia esses julgamentos necessários e básicos sobre o que deveria contar como elementos de uma teoria descritiva sólida como “valores puramente metateóricos”. DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford, MA: Portland; OR: Hart Publishing, 2001.

⁴² WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 32.

DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford, MA: Portland; OR: Hart Publishing, 2001.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no direito brasileiro: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. 2005. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

FLETCHER, George. Review: Corrective Justice for moderns. Reviewed work: Risks and Wrongs, by Jules Coleman. *Harvard Law Review*, v. 106, n. 7, p. 1658-1678, 1993.

GARDNER, John. Review: The purity and priority of private law. *The University of Toronto Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 459-493, 1996.

HORDE, Jeremy. Can the Law Do without the Reasonable Person? *University of Toronto Law Journal*, v. 55, n. 2, p. 253-269, 2005.

RABIN, Robert L. Review: Law for law's sake. *The University of Toronto Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 2261-2283, 1996.

RECENT publications. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 486-488, 2013. Available at: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol127_11152013recentpublications.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2020.

RIPSTEIN, Arthur. Editor's Note. *University of Toronto Law Journal*, Special Issue: Understanding Law on Its Own Terms: Essays on the Occasion of Ernest Weinrib Killam Prize, v. 61, n. 2, p. i-vi, 2011.

STEEL, Sandy. "Private Law and Justice", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, n. 3, pp. 607–628, 2013.

STONE, Martin. On the Idea of Private Law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 9, p. 235-277, 1996.

WEINRIB, Ernest J. A teoria do formalismo jurídico. Trad. Catarina Helena Cortada Barbieri. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Org.). *A justificação do formalismo: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

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

WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

WEINRIB, Ernest J. *The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law*. *Valparaiso Law Review*, v. 23, n. 3, p. 485-526, 1989.

WEINRIB, Ernest J. Thinking about Tort Law. *Valparaiso Law Review*, v. 26, p. 717-722, 1992.

Recebido: 24.06.2020

Aprovado: 30.11.2020

Como citar: BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Comentário às ideias de "Correlatividade e Personalidade" em Ernest Weinrib. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 88-100, set./dez. 2020.

