

Valoração e Forma¹

Lon L. Fuller: apresentação

Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Universidade de Brasília 

Superior Tribunal de Justiça
Brasília/Distrito Federal, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0001-9525-7498>.

<http://lattes.cnpq.br/6835840157191974>

stj.gmmnrd@stj.jus.br

Prof. Dr. Flávio Jaime de Moraes Jardim

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Brasília/Distrito Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Brasília/Distrito Federal, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-9321-7924>

<http://lattes.cnpq.br/7007930375185670>

flavio.jardim@trf1.jus.br



Resumo

O artigo "[Valoração e Forma](#)", de Lon L. Fuller, publicado na *Columbia Law Review* em 1941, investiga as bases formais e substanciais que justificam a execução das promessas no direito contratual do *common law*. Fuller analisa a doutrina da *consideration* (traduzida como "valoração"), destacando sua função como elemento que assegura seriedade e intenção nas obrigações contratuais. Para tanto, o autor identifica três funções essenciais das formalidades jurídicas: a função probatória, que garante evidência do contrato; a função cautelar, que induz deliberação e evita promessas impulsivas; e a função de canalização, que confere às manifestações de vontade forma

¹ O artigo traduzido foi originariamente publicado na *Columbia Law Review*, edição nº 41, página inicial 799, em 1941. Esta tradução e publicação estão legalmente autorizadas pela Universidade de Columbia.

juridicamente reconhecível. No plano substancial, Fuller aponta três fundamentos da responsabilidade contratual — a autonomia privada, a confiança e o enriquecimento sem causa — e demonstra como a ausência de forma e de valoração compromete a eficácia e a legitimidade das relações jurídicas. Conclui que forma e substância não são antagônicas, mas complementares, constituindo instrumentos de racionalidade e moralidade interna do direito. Assim, ainda que o direito moderno caminhe para maior informalidade, as funções da forma e da valoração permanecem indispensáveis à previsibilidade e à legitimidade das relações contratuais.

Palavras-Chave: Lon L. Fuller; Valoração; Forma; *Consideration*; Direito contratual.

Abstract

The article "*Consideration and Form*", by Lon L. Fuller, originally published in the *Columbia Law Review* in 1941, examines the formal and substantive foundations that justify the enforcement of promises in *common law* contract theory. Fuller analyzes the doctrine of *consideration*, emphasizing its role as an element that ensures seriousness and genuine intent in contractual obligations. He identifies three essential functions of legal formalities: the evidentiary function, which provides proof of the contract; the cautionary function, which induces reflection and prevents impulsive promises; and the channeling function, which gives legal recognition and structure to expressions of intent. On the substantive level, Fuller points out three bases for contractual liability — private autonomy, reliance, and the prevention of unjust enrichment — demonstrating how the absence of form and consideration undermines the effectiveness and legitimacy of legal relations. He concludes that form and substance are not opposites but complementary elements, serving as instruments of rationality and of the internal morality that makes law possible. Thus, even in a modern context of increasing informality, the functions of form and consideration remain essential to the predictability and legitimacy of contractual relations.

Keywords: Lon L. Fuller; Consideration; Form; Contract Law; Private Autonomy.

Apresentação

Esta apresentação tem por propósito discorrer brevemente sobre as razões pelas quais optamos por publicar a tradução do artigo *Consideration and Form* – por nós referido como “Valoração e Forma” –, escrito pelo jurista norte-americano Lon Luvois Fuller (1902-1978) e publicado na 41ª edição da *Columbia Law Review*, em 1941, com início na página 799.

Para o leitor brasileiro, Lon L. Fuller é lembrado por ter sido o autor do artigo “O caso dos exploradores de cavernas”, publicado em 1949, na *Harvard Law Review*. O ensaio foi traduzido para o português em 1976 e



inicialmente foi publicado como livro pela Editora Sergio Fabris. Tornou-se leitura obrigatória dos cursos de “Introdução ao Direito” da maioria das faculdades do país e foi posteriormente reeditado por outras editoras.

Na obra, Fuller apresenta a história fictícia de cinco exploradores que, após um desmoronamento, ficam presos em uma caverna. À beira da morte, após realizarem um sorteio, decidem sacrificar um dos membros do grupo, para garantir a sobrevivência dos demais. Depois de resgatados, são acusados e condenados por homicídio e recorrem dessa sentença.

O artigo detalha a posição de cada um dos juízes que participam do julgamento, em um Estado de Direito que não contém previsão de exclusão de ilicitude em caso de estado de necessidade. O juiz Truepenny defende a manutenção da condenação, alegando respeito à letra da lei, embora recomende o perdão das penas ao Poder Executivo. O juiz Foster absolve os réus, sustentando que, diante da situação extrema, a legislação não se aplica e que o homicídio se justificava pela autopreservação. O juiz Tatting declara-se incapaz de decidir, dividido entre o dever legal e a compaixão moral. O juiz Keen vota pela condenação, afirmando que o tribunal deve aplicar a lei sem interferência de considerações morais. Por fim, o juiz Handy absolve os acusados, guiando-se pelo senso comum e pela opinião pública favorável aos réus.

As cinco distintas posições podem ser consideradas como reflexos de compreensões do (a) positivismo exegetico (Truepenny), do (b) positivismo ideológico (Keen), do (c) naturalismo (Foster) e do (d) realismo jurídico (Handy). Tatting teria se valido de uma espécie de objeção de consciência para afirmar algo como sua suspeição e não decidir o caso. A riqueza da exposição das cinco visões demonstra uma compreensão da complexidade do pensamento jurídico nos Estados Unidos naquele momento histórico.

De fato, Fuller dedicou grande parte dos seus estudos à filosofia jurídica. Crítico do positivismo, o autor conceituava o direito como “*a empreitada de sujeitar a conduta humana à governança de regras*”². Em sua visão, para um sistema de regras ser qualificado como jurídico, deve almejar perdurar no tempo e, para tanto, não terá alternativa senão regular adequadamente o que exige de uma determinada coletividade.

Essa regulação adequada deve se dar ao menos por meio da tentativa de observância de oito princípios básicos: o direito deve ser (1) público, (2) prospectivo, (3) claro, (4) consistente, (5) congruente, (6) duradouro, (7) geral e (8) passível de ser cumprido. Fuller exemplifica que “assim como nós não poderíamos descrever como ‘faca’ algo que não tenha poder cortante, não poderíamos descrever um sistema sem essas características como jurídico”³. O filósofo afirma que esses oito princípios da legalidade compõem o que se denomina a “*moralidade interna que torna o direito possível*”⁴.

²Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed., 124 (New Haven: Yale University Press, 1964). Tradução livre.

³Benjamin C. Zipursky, *The Inner Morality of Private Law*, 58 Am J Juris 27 (2013).

⁴Denise Meyerson, *Understanding Jurisprudence*, 42 (New York: Routledge, 2007). Tradução livre.

Com efeito, parece ser plausível dizer que um sistema jurídico no qual as regras são (a) editadas empregando textos vagos e imprecisos; (b) promulgadas intencionalmente para atingir determinados indivíduos dentro de uma coletividade; (c) feitas para punir condutas retroativamente ou exigindo mais do que os cidadãos podem efetivamente cumprir; (d) aplicadas de maneira inconsistente e (e) sempre sujeitas a mudanças repentinas; tende a ser um sistema com reduzida eficácia e pouquíssimas chances de perdurar. Dificilmente, um país que constantemente não observa esses requisitos de *innermorality of law* pode ser considerado um Estado Democrático de Direito.

Como exemplo disso, os defensores de Fuller apontam que nenhum dos regimes jurídicos utilizados pelos seus críticos para atacar a sua teoria – a Alemanha Oriental, a Alemanha Nazista ou o regime do Apartheid na África do Sul – perdurou por muito tempo. Na obra *The Morality of Law*, para introduzir essas oito características, Fuller conta a história do sistema legal de um reino imaginário comandado pelo monarca Rex, o qual, por reiteradamente violar esses princípios de legalidade, acaba sendo um desastre.

A defesa da existência de uma *moralidade inerente que torna o direito possível* alçou Fuller à categoria de autores associados ao jusnaturalismo, embora nunca pareça ter sido a sua pretensão dizer que somente seria juridicamente válido o que fosse moralmente aceitável. Os princípios da *innermorality of law* sempre foram considerados essenciais para o procedimento de criar um sistema jurídico efetivo, não pelo conteúdo moral específico do direito criado.

De acordo com Kristen Rundle, Fuller deu conteúdo ao argumento da moralidade no direito em dois distintos sentidos. O primeiro aspecto refere-se ao *ethos* do papel do legislador: aos requisitos de retidão associados ao esforço de criar e manter uma ordem jurídica bem-sucedida. O segundo sugere que o Direito é intrinsecamente moral, no sentido de que ele gera valor para o sujeito jurídico, ao pressupor que esse sujeito seja um agente responsável, capaz de seguir regras e de responder por suas faltas⁵.

Esses sentidos podem ser reconhecidos em “*Valoração e Forma*”, cuja tradução é a seguir apresentada. O artigo, escrito numa etapa de sua carreira em que Fuller se dedicou ao *direito dos contratos*, inaugurou uma nova fase do pensamento jurídico americano, deixando para trás o período marcado pelo realismo jurídico.

No ensaio, como destaca David Kennedy, a forma legal é reabilitada, “*não como a antítese da análise de políticas (policyanalysis), mas como um instrumento para os formuladores de políticas jurídicas. Ao fazê-lo, ele desenvolve um método de raciocínio sobre até mesmo as regras jurídicas mais formais em termos de política, método esse que se tornaria dominante no pensamento jurídico norte-americano após a Segunda Guerra Mundial.*”⁶

⁵ Kristen Rundle, *Forms Liberate: Reclaiming the jurisprudence of Lon Fuller*, 21 (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013). Tradução livre.

⁶David Kennedy and William W, Fisher III, *The Canon of American Legal Thought*, 210 (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006). Tradução livre.

A regra da valoração, segundo a qual apenas promessas acompanhadas de detrimento legal para o beneficiário podem ser judicialmente exigidas, presente no direito contratual anglo-saxão desde o século XVI, é defendida por ser justificada por diferentes diretrizes formais e substanciais que lhe são subjacentes.

Fuller defende que a forma legal, expressa pela exigência da valoração para a exigibilidade dos contratos, reflete um método objetivo confiável de identificar a intenção das partes de efetivamente celebrarem um contrato. Kristen Rundle, ao vasculhar as suas anotações pessoais, encontrou um impresso com a expressão “*Forms Liberate*”, significando que as formas jurídicas servem como instrumentos de libertação. Por meio do cumprimento das exigências formais do direito, o ser humano é apto a efetivamente exercer a sua liberdade. As formas exigidas pelo ordenamento, assim, para Fuller, não são inimigas da substância moral do direito; pelo contrário, elas se prestam a dar concretude a esse conteúdo material.

Cabe esclarecer que, na tradução do texto, optamos por usar o termo “valoração” para expressar o significado de *consideration*. Essa escolha diverge de alguns tradutores que optaram, por exemplo, pelo termo “contraprestação”⁷. Para nós, o termo “valoração” contém a ideia de que o requisito da *consideration* tem por propósito reconhecer o valor da existência efetiva de uma barganha, de forma a considerá-la judicialmente exigível. Não se defende que o valor do negócio deva envolver contraprestações mutuamente correspondentes, até porque o exemplo mais famoso para refletir uma *consideration* meramente simbólica válida seria o do grão de pimenta (peppercorn), metáfora utilizada no famoso caso *Chappel & Co. Ltd. V. Nestle Co. Ltd.*, de 1959. Neste caso, a *House of Lords* confirmou a plena validade do requisito da valoração, considerando que se trata de exigência que não é limitada a um valor monetário, podendo ser também algo que agrega valor, ainda que simbólico, às partes envolvidas. Foca-se, assim, na circunstância de que foram tomadas pelas partes as cautelas para cumprir a formalidade adequada, qual seja, a valoração do negócio, para que objetivamente ficasse evidenciado que se almejou celebrar um negócio jurídico.

Por fim, cabe destacar que a jurisprudência de Lon L. Fuller tem sido cada vez mais reivindicada. Além da obra “*Forms Liberate*”, de Kristen Rundle, professora da *London School of Economics*, de 2013, é bastante conhecida, a publicação “*Rediscovering Fuller: EssaysonImplicit Law and Institutional Design*”, de 1999, organizada pelos professores holandeses Willem J. Witteveen e Wibren van der Burg, da Universidade de Tilburg e da *Erasmus Universiteit Rotterdam*, respectivamente.

Nos Estados Unidos, a obra recente mais relevante é certamente *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, professores de Harvard, de 2020. O livro baseia-se explicitamente na teoria da “moralidade interna do direito” de Lon Fuller, segundo a qual o direito só existe quando obedece a certas formas

⁷ Cf. Robert Cooter & Thomas Ullen, *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 204-205.

que o tornam inteligível e previsível e salienta que essas formas, que devem ser respeitadas pela Administração Pública, são os meios que tornam possível a governança moderna com legitimidade moral.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Tradução

VALORAÇÃO E FORMA*

Lon L. Fuller

41 *Columbia Law Review* 799 (1941)

§ 1. *Introdução.* - O que se busca neste artigo é uma investigação acerca da *ratio* das formalidades jurídicas, bem como um exame da doutrina da valoração no *common law*, considerada à luz de suas políticas subjacentes. Que tal investigação revele uma relação significativa entre valoração e forma não é proposição aqui sugerida pela primeira vez; com efeito, já se levantou (e às vezes se respondeu afirmativamente) a questão de saber se a valoração não poderia, em última análise, ser inteiramente reduzida a termos de forma.

Que a valoração possa ter tanto um aspecto “formal” quanto um aspecto “substancial” se mostra evidente quando refletimos sobre as razões apresentadas para explicar por que promessas sem valoração não podem ser judicialmente exigíveis. Disse-se que a valoração existe “em favor da prova” e tem por finalidade remover os riscos de testemunho equivocado ou perjuro que acompanhariam a execução de promessas pelas quais nada fosse dado em troca⁸. Outrossim, afirma-se que a execução é negada a promessas gratuitas porque tais promessas são frequentemente feitas de

(*) Um certo número de amigos e colegas leu o manuscrito deste artigo em várias fases de sua preparação e fez críticas e sugestões valiosas. Sou especialmente devedor a Karl Llewellyn, Benno Schmidt, Malcolm Sharp, Daniel Boorstin, Douglas Maggs e David Cavers.

⁸Mansfield, C. J., em *Pillans v. Van Mierop*, 3 Burr. 1663, 1669, 97 Eng. Rep. 1035, 1038 (K. B. 1765); *Sharington v. Strotton*, 1 Plow. 297a, 302, 75 Eng. Rep. 454, 459-60 (K. B. 1565) (argumento do advogado); Whittier, *The Restatement of Contracts and Consideration* (1930) 18 CALIF. L. REV. 611, 613.

modo impulsivo e sem a devida deliberação⁹. Em ambos os casos, a objeção não recai sobre o conteúdo e efeito da promessa, mas sobre a maneira como esta é feita. Objeções desse gênero, que dizem respeito à forma e não ao conteúdo do acordo, desaparecem se o ato de prometer vier acompanhado de alguma formalidade ou cerimônia, como, por exemplo, o selo.

Por outro lado, já se afirmou que a execução de promessas gratuitas não constitui objetivo de importância suficiente para a ordem social e econômica, a ponto de justificar o dispêndio de tempo e energia necessários à sua realização¹⁰. Aqui a objeção é de “substância”, pois toca no significado da promessa feita e não apenas nas circunstâncias de sua formulação.

A tarefa proposta neste artigo é, pois, a de desvincular os elementos “formais” e “substanciais” na doutrina da valoração. Como as políticas subjacentes à doutrina são geralmente deixadas sem exame nas decisões e discussões doutrinárias, será necessário adiar a análise do próprio requisito do *common law* até que tenhamos examinado, em termos gerais, as bases formais e substanciais da responsabilidade contratual.

⁹Wilmot, J., em *Pillans v. Van Mierop*, 3 Burr. 1663, 1670, 97 Eng. Rep. 1035, 1038 (K. B. 1765); *Sharlington v. Strotton*, 1 Plow. 297a, 308, 75 Eng. Rep. 454, 469 (K. B. 1565) (argumento do advogado); *Davis v. Morgan*, 117 Ga. 504, 507, 43 S. E. 732, 733 (1903); Ames, *Two Theories of Consideration*, (1899) 13, HARV. L. REV. 29, 42; Ballantine, *The Source of Obligation in Bilateral Contracts* (1916) 3 VA. L. REV. 432, 437; Whittier, *The Restatement of Contracts and Consideration* (1930) 18 CALIF. L. REV. 611, 613.

¹⁰Ballantine, *Mutuality and Consideration* (1914) 28 HARV. L. REV. 121; Willis, *Rationale of the Law of Contracts* (1936) 11 IND. L. J. 227, 230; *Davis v. Morgan*, 117 Ga. 504, 507, 43 S. E. 732, 733 (1903).

I. AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELAS FORMALIDADES JURÍDICAS¹¹

§ 2. *A Função Probatória.* — A função mais evidente de uma formalidade jurídica é, para usar as palavras de Austin, a de fornecer “prova da existência e do teor do contrato, em caso de controvérsia”. A necessidade de segurança probatória pode ser satisfeita de diversas maneiras: exigindo-se um escrito, ou a assinatura de testemunhas, ou a certificação por notário. Pode até mesmo ser satisfeita, em certa medida, por expediente como a *stipulatio* romana, que obrigava a formulação oral da promessa de modo suficientemente cerimonioso para fixar seus termos na memória dos participantes e de eventuais presentes.

§ 3. *A Função Cautelar* — Uma formalidade pode igualmente desempenhar função cautelar ou dissuasória, atuando como freio contra atos irrefletidos. O selo, em sua forma original, cumpria esse propósito de modo notável. O ato de afixar e imprimir um pedaço de cera — símbolo que no imaginário popular evocava juridicidade e gravidade — constituía excelente meio de induzir o estado mental circunspecto adequado a quem se obriga quanto ao futuro. Em menor grau, qualquer exigência de forma escrita serve ao mesmo propósito, assim como as exigências de testemunho, autenticação notarial etc.

¹¹Sobre o problema geral da fundamentação das formalidades jurídicas, ver Austin, *Fragments—On Contracts*, impresso em 2 *LECTURES ON JURISPRUDENCE* (4ª ed. 1879) 939-944; Llewellyn, *What Price Contract?* (1931) 40 *YALE L. J.* 704; Mechem, *The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels* (1926-1927) 21 *ILL. L. REV.* 341, 457, 568; Bentham, *The Rationale of Judicial Evidence*, impresso em 6 *WORKS* (ed. de Bowring, 1839) 64-86, 508-585; Chafee, *Acceleration Provisions in Time Paper* (1919) 32 *HARV. L. REV.* 747, 750; Sharp, *Promissory Liability. II.* (1940) 7 *UNIV. OF CHI. L. REV.* 250, 252 e *passim*; 3 Savigny, *SYSTEM DES HEUTIGEN RÖMISCHEN RECHTS* (1840) § 130; 2 Savigny, *OBLIGATIONENRECHT* (1853) § 74; II2 Ihering, *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS* (8ª ed. 1923) §§ 45-47d; 3 Geny, *SCIENCE ET TECHNIQUE* (1921) §§ 202-206; Demogue, *LES NOTIONS FONDAMENTALES DU DROIT PRIVÉ* (1911) 63-87; 1 Demogue, *TRAITÉ DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL* (1923) §§ 191-212; 1 Kohler, *LEHRBUCH DES BÜRGERLICHEN RECHTS* (1906) §§ 235-237; Huber, *Formenimschweizerischen Privatrecht* (1911), em Heft 58, Gmür, *ABHANDLUNGEN ZUM SCHWEIZERISCHEN RECHT* (1914) 79-126.

§ 4. *A Função de Canalização.* —Embora a maior parte das análises acerca das finalidades das formalidades não vá além da exposição até aqui apresentada, tal análise deixa de reconhecer uma das funções mais importantes da forma. Que uma formalidade jurídica possa desempenhar função ainda não descrita pode ser demonstrado pelo selo. O selo não apenas assegura memorial satisfatório da promessa e induz à deliberação em sua formulação; ele serve também para assinalar a promessa executável, fornecendo um critério simples e externo de exigibilidade. Essa função da forma foi descrita por Ihering como “a facilitação do diagnóstico judicial”, utilizando, para tanto, a analogia da cunhagem monetária.

A forma é, para um negócio jurídico, o que a cunhagem é para a moeda. Assim como o cunho da moeda nos dispensa da necessidade de examinar o conteúdo metálico e o peso — em suma, o valor da moeda (exame que seria inevitável se nos fosse oferecido metal não cunhado em pagamento) —, da mesma maneira as formalidades jurídicas dispensam o juiz de indagar se houve intenção de realizar um negócio jurídico e, em caso de se preverem formas distintas para negócios distintos, qual deles foi pretendido¹².

Nesta passagem, é evidente que Ihering conferiu ênfase excessiva à utilidade da forma para o juiz, em detrimento de sua significação para aqueles que transacionam fora do foro. Se considerarmos a questão apenas do ponto de vista da conveniência do magistrado, nada distingue as formas utilizadas em negócios jurídicos do elemento “formal” que, em certa medida, permeia todo o pensamento jurídico. Mesmo no campo do direito penal, o “diagnóstico judicial” é “facilitado” por definições formais, presunções e construções artificiais de fato. O que caracteriza o direito dos contratos e dos atos de disposição é que, nesse campo, as formas são deliberadamente utilizadas e assim pretendidas pelas partes cujos atos serão apreciados pelo direito. Para o empresário que deseja tornar sua promessa — ou a de outrem — vinculante, o selo encontrava-se no *common law* disponível como expediente para alcançar esse objetivo.

¹²II2 *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS* (8ª ed. 1923) 494. Cf.: “Em todos os sistemas jurídicos, o esforço consiste em encontrar marcas definidas que ao mesmo tempo incluam as promessas que devem ser exequíveis, excluam as que não devem sê-lo e sinalizem as que o serão.” Llewellyn, *WhatPriceContract?* (1931) 40 *YALE L. J.* 704, 738.

Nesse aspecto, a forma oferece um quadro jurídico no qual a parte pode inserir suas ações ou, mudando a metáfora, oferece canais para a expressão juridicamente eficaz da intenção. É com esse aspecto em mente que descrevi a terceira função das formalidades jurídicas como a “função de canalização”.

Para compreender essa função de canalização da forma, talvez a analogia mais útil seja a da linguagem, que ilustra tanto as vantagens quanto os perigos da forma no aspecto ora considerado. Quem deseja comunicar seus pensamentos aos outros deve forçar a matéria-prima do significado a passar por canais definidos e reconhecíveis; deve reduzir as entidades fugidias do pensamento sem palavras aos padrões da linguagem convencional. Quem se propõe a realizar um negócio jurídico enfrenta problema análogo. Sua mente concebe primeiramente um objetivo econômico ou sentimental, ou, mais comumente, um conjunto de objetivos sobrepostos. Deve então, com ou sem auxílio de advogado, buscar o negócio jurídico (memorando escrito, contrato selado, arrendamento, transmissão da propriedade etc.) que mais adequadamente realize tais objetivos. Assim como o uso da linguagem contém perigos para o não iniciado, também as formas jurídicas só são seguras nas mãos de quem conhece seus efeitos. Ihering explica que o formalismo extremo do direito romano era suportável, na prática, apenas porque havia disponibilidade constante de aconselhamento jurídico, ademais, gratuito.

O ideal da linguagem seria a palavra cujo significado permanecesse constante e imune ao contexto em que fosse utilizada. Na realidade, há poucas palavras, mesmo na linguagem científica, que não sejam suscetíveis de assumir uma nuance de sentido em razão do contexto em que ocorrem. Assim também no direito: o tipo ideal de negócio jurídico formal seria aquele descrito no continente europeu como “abstrato”, isto é, o negócio abstraído das causas que lhe deram origem e que possui o mesmo efeito jurídico independentemente do contexto de motivos e práticas leigas em que ocorre. O selo, em sua forma original, representava uma aproximação desse ideal, pois recordar-se-á que fatores extra formais — incluindo mesmo fraude e erro — eram, originariamente, destituídos de efeito sobre a promessa selada. A maior parte dos

negócios formais conhecidos pelo direito moderno, contudo, fica aquém da transação “abstrata”; os canais que traçam não são definidos de modo nítido e simples. A Lei de Fraudes, por exemplo, possui apenas uma espécie de efeito canalizador negativo, no sentido de que indica um modo pelo qual alguém pode ter certeza de *não* se obrigar. Do lado positivo, os contornos do canal se mostram difusos porque fatores em excesso, incluindo a valoração, permanecem não assimilados à forma.

Como ponto final - e bastante evidente - de comparação entre as formas jurídicas e as da linguagem, pode-se observar que em ambos os campos o curso efetivo da história é determinado por um processo contínuo de compromisso entre aqueles que desejam preservar os padrões existentes e aqueles que pretendem rearranjá-los. Aqueles que são responsáveis pelo que Ihering denominou “o alfabeto jurídico” - nossos juízes, legisladores e doutrinadores - exercem certo controle sobre os usos comerciais, mas há momentos em que eles, como o lexicógrafo, devem aquiescer às inovações introduzidas pelo leigo. O simples fato de que as formas do direito e da linguagem são definidas por um equilíbrio de tensões opostas não garante, por si só, a correção dos desenvolvimentos que efetivamente ocorrem. Se a linguagem por vezes perde distinções valiosas por ser demasiadamente tolerante, o direito perdeu instituições valiosas, como o selo, por ter sido excessivamente liberal em sua interpretação. Por outro lado, no direito, como na linguagem, as formas foram, em certas ocasiões, permitidas cristalizar-se a ponto de obstar a inovação necessária.

§ 5. *Inter-relações das Três Funções.* — Ainda que eu tenha exposto separadamente as três funções da forma jurídica, é evidente que há uma conexão íntima entre elas. Em termos gerais, tudo o que tende a realizar uma dessas finalidades também tende a realizar as outras duas. Aquele que é compelido a praticar algo que proporcione memorial satisfatório de sua intenção será induzido a deliberar. Inversamente, expedientes que induzem à deliberação costumam possuir valor probatório. Dispositivos que asseguram prova ou previnem a irreflexão normalmente favorecem o desiderato da canalização, de dois modos distintos. Em primeiro lugar, quem é obrigado a formular cuidadosamente sua intenção tenderá a ajustá-la às categorias

jurídicas e negociais. Dessa forma, a própria parte é levada a canalizar sua intenção. Em segundo lugar, sempre que a exigência de uma formalidade é respaldada pela sanção da invalidade da transação informal (e este é o meio pelo qual os requisitos formais são normalmente tornados eficazes), produz-se automaticamente um certo grau de canalização. Qualquer que seja o motivo legislativo, a formalidade, nesse caso, tende a efetuar uma categorização das transações em jurídicas e não jurídicas.

Assim como a canalização pode resultar de modo não intencional de formalidades voltadas a outros fins, também estes outros fins tendem a ser satisfeitos por qualquer expediente que realize uma canalização da expressão. Há um valor probatório na clareza e na definição de contornos que tal expediente proporciona. Qualquer mecanismo que efetue divisão nítida entre o jurídico e o não jurídico, ou entre diferentes espécies de negócios jurídicos, tornará igualmente aparentes às partes as consequências de sua conduta e sugerirá deliberação quando esta for necessária. De fato, pode-se ir além e afirmar que algum grau mínimo de satisfação do desiderato da canalização é indispensável para que medidas concebidas para evitar a irreflexão sejam eficazes. Tal fato pode ser ilustrado pelo testamento hológrafo. A exigência de que a vontade do testador seja reduzida a sua própria caligrafia parece, à primeira vista, oferecer não apenas garantias probatórias, mas também excelente proteção contra a falta de deliberação. Onde o testamento hológrafo falha, contudo, é como expediente para separar o trigo jurídico do joio legalmente irrelevante. Os tribunais frequentemente se deparam com a dificuldade de determinar se determinado documento — pode tratar-se de uma carta familiar informal, que esteja inteiramente na caligrafia do remetente — revela a “intenção testamentária” exigida. Tal dificuldade somente pode ser eliminada por uma formalidade que desempenhe adequadamente a função de canalização, mediante algum sinal externo que assinale o testamento e o distinga de expressões não testamentárias de vontade. É evidente que, por uma espécie de reflexo, a deficiência do testamento hológrafo, do ponto de vista da canalização, atua no sentido de comprometer sua eficácia como expediente de indução à deliberação.

Apesar da estreita inter-relação entre as três funções da forma, é necessário manter em mente as distinções entre elas, já que a solução de casos-limite de cumprimento pode depender de nossas premissas acerca da finalidade primordial buscada por determinada formalidade. Boa parte da discussão sobre a *parol evidencerule*, regra que previne que intenções não expressas no documento contratual escrito sejam consideradas parte do negócio jurídico, por exemplo, gira em torno da questão de saber se seu objetivo principal é de canalização ou probatório. Ademais, uma ou mais das finalidades descritas podem ingressar de modo subsidiário na aplicação de requisitos voltados primordialmente a outra finalidade. Assim, há razões para crer que grande parte do direito atinente à seção de fiança da Lei de Fraudes explica-se pelo fato de que os tribunais, com graus variados de explicitude, entenderam que essa seção servia a um propósito cautelar e de canalização, além do fim probatório que se supunha primário em relação ao Estatuto como um todo¹³.

§ 6. *Quando São Necessárias as Formalidades? O Efeito de uma Satisfação Informal dos Objetivos Subjacentes ao Uso de Formalidades.* — A análise das funções da forma jurídica que acaba de ser apresentada é útil para responder a uma questão que assumirá importância na parte posterior desta discussão, quando se empreender um exame detalhado da valoração. A questão é: em que situações uma boa política legislativa

¹³No *leading case* de *Davis v. Patrick*, 141 U. S. 479, 487, 488 (1891), a Corte, ao definir os propósitos da seção de fiança da lei escrita, fala do perigo de que o credor possa “torcer meras palavras de encorajamento e confiança, convertendo-as em uma promessa absoluta.” É claro que esse perigo existe não tanto por falta de prova satisfatória do que de fato foi dito, mas por falta de algum mecanismo que desempenhe o que chamei de função de canalização da forma. Embora o recebimento de um benefício pelo fiador, que em *Davis v. Patrick* foi tido como tornando vinculante sua promessa oral, possa ter alguma significação do ponto de vista probatório, sua significação primária parece ser do ponto de vista das outras duas funções da forma. Na Alemanha, a promessa de um fiador deve, pelo § 766 do Código Civil, ser feita por escrito. O propósito desse requisito foi explicado da seguinte forma: “A base desse requisito de forma é que fianças verbais são frequentemente assumidas irrefletidamente e com pressa, e que muitas vezes é difícil decidir, no caso de ‘recomendações’ orais, se o suposto fiador realmente pretendeu vincular-se ou apenas pretendeu recomendar o devedor principal sem obrigação para si próprio.” I COSACK UND MITREIS, LEHRBUCH DES BURGERLICHEN RECHTS (8th ed. 1927) § 221. A explicação mais usual fala apenas de uma finalidade cautelar ou dissuasória. Ver 2 STAUDINGER, KOMMENTAR ZUM BGB (9th ed. 1929) § 766 (1). Um paralelo interessante com a “regra de propósito principal” na América é apresentado pelo fato de que o § 350 do Código Comercial Alemão isenta as obrigações de fiança de “comerciantes” em transações comerciais do requisito de forma escrita.

exige o uso de uma formalidade jurídica? Uma parte da resposta a essa pergunta é clara desde o início: as formas devem ser reservadas para negócios relativamente importantes. Deve-se preservar uma proporção entre meios e fins; dificilmente seria razoável exigir documento selado e testemunhado para a venda eficaz de um pão.

Mas, admitindo-se que o negócio em questão seja de importância suficiente para justificar o uso de uma forma, caso seja necessária, como determinar a existência dessa necessidade? Uma resposta geral seria a seguinte: *a necessidade de investir determinada transação com alguma formalidade jurídica dependerá do grau em que as garantias que a formalidade proporcionaria já estejam supridas por forças inerentes à situação da qual a transação surge* — incluindo, entre essas “forças”, os hábitos e concepções das partes contratantes.

Se, por exemplo, há ou não necessidade de estabelecer uma formalidade destinada a induzir deliberação, isso dependerá do grau em que a situação fática, ainda não remodelada juridicamente, tende a produzir o estado mental circunspecto desejado. Um exemplo extraído do direito de doações tornará este ponto claro. Para realizar uma doação eficaz de um bem móvel sem recorrer a documentos, exige-se ordinariamente a entrega do bem, sendo ineficazes as meras palavras de doação. Entende-se, entre outras razões, que palavras isoladas não impressionam suficientemente o doador acerca da significação e da gravidade de seu ato. Num caso no Oregon¹⁴, entretanto, o doador declarou sua intenção de doar certa soma de dinheiro ao donatário e, ao mesmo tempo, revelou-lhe o esconderijo secreto onde havia colocado o numerário. Embora todo o ato de doação consistisse apenas em palavras, o tribunal considerou eficaz a doação. As palavras que davam acesso ao dinheiro que o doador havia cuidadosamente ocultado presumivelmente seriam acompanhadas do mesmo sentido de privação presente que o ato de entrega do dinheiro teria produzido. A situação continha, por si, a sua própria garantia contra a irreflexão.

¹⁴*Waite v. Grubbe*, 43 Ore. 406, 73 Pac. 206 (1903). A análise do caso apresentada no texto foi tomada de Mechem, *The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels* (1926-1927) 21 ILL. L. REV. 357, 486.

No que toca à função de canalização de uma formalidade, ela não tem lugar onde as atividades humanas já estão divididas em categorias negociais definidas e claras. Onde a vida já se organizou de maneira eficaz, não há necessidade de intervenção jurídica. É por essa razão que transações importantes nos mercados de ações e de produtos podem realizar-se seguramente da forma mais “informal”. No extremo oposto, pode-se citar as negociações entre um vendedor ambulante de livros e a dona de casa. Aqui, a situação pode ser tal que a dona de casa não tenha certeza se está recebendo um conjunto de livros como presente, se está sendo convidada a trocar sua carta de recomendação pelos livros, se os livros lhe são oferecidos para aprovação, ou se — como infelizmente é o caso — está sendo proposta uma simples venda. A ambiguidade da situação é, naturalmente, cuidadosamente cultivada e explorada pelo vendedor. Alguma forma de “canalização” seria, aqui, altamente desejável, embora reste saber se uma formalidade jurídica é o meio mais viável para alcançá-la.

O que foi dito nesta seção demonstra, creio eu, que o problema da “forma”, quando reduzido às suas políticas subjacentes, estende-se não apenas aos “negócios formais” no sentido usual, mas a todo o direito dos contratos e atos de disposição. Demogue sugeriu que mesmo a exigência, imposta em certos casos, de que a intenção das partes seja expressa, e não implícita ou tácita, é, em essência, um requisito de forma¹⁵. Se nosso objetivo é evitar a chancela jurídica a compromissos irrefletidos, certamente o caso de intervenção legal é mais forte contra o homem que explicitou sua promessa do que contra aquele que apenas se deixou levar a uma situação em que parece oferecer uma garantia para o futuro.

II. AS BASES SUBSTANCIAIS DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

§ 7. *Autonomia Privada*. — Entre as concepções fundamentais do direito contratual, a mais difundida e indispensável é o princípio da autonomia privada. Este princípio

¹⁵ 1 *TRAITÉ DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL* (1923) 280.

significa, simplesmente, que o direito considera os indivíduos como possuindo o poder de efetuar, dentro de certos limites, mudanças em suas relações jurídicas. O indivíduo que transmite um bem a outrem exerce esse poder; assim também o que celebra um contrato. Quando um tribunal executa uma promessa, limita-se a armar com sanção jurídica uma regra ou *lex* previamente estabelecida pela própria parte¹⁶. Esse poder do indivíduo de operar mudanças em suas relações jurídicas com terceiros é comparável ao poder de um legislador. É, na verdade, apenas uma espécie de preconceito político que nos leva a usar a palavra “lei” em um caso e não no outro — preconceito esse que não impediu os romanos de aplicar a palavra *lex* às normas estabelecidas por acordo privado.

O que acaba de ser exposto não se apresenta como uma descoberta original; a concepção descrita é pelo menos tão antiga quanto as Doze Tábuas. Mas há necessidade de reafirmá-la, porque a questão em jogo foi obscurecida pela introdução, na discussão, do que se denomina “a teoria da vontade do contrato”. A confusão adveio em parte dos defensores dessa teoria, mas principalmente daqueles que buscaram refutá-la e que, nesse processo, lograram “lançar fora a criança com a água do banho”¹⁷.

O princípio da autonomia privada pode ser traduzido em termos da teoria da vontade ao se dizer que esse princípio significa, meramente, que a vontade das partes

¹⁶Aquilo que chamei de “princípio da autonomia privada” é mais comumente pressuposto do que discutido na literatura anglo-americana. Ver, contudo, Salmond, *JURISPRUDENCE* (9ª ed. 1937) § 23, rubrica *Conventional law*; e Vinogradoff, *COMMON-SENSE IN LAW* (1914) 101-115. O problema geralmente discutido neste país sob a rubrica “liberdade de contratar” é o problema dos limites à autonomia privada. Cf. Heck, *GRUNDRISSE DES SCHULDRECHTS* (1929) § 41. A discussão de Cohen sobre *Contract and Sovereignty* e a de Gardner sobre *the Specialty Principle and Bargain Principle* parecem, de fato, tratar do princípio da autonomia privada sem usar esse termo. Ver Cohen, *The Basis of Contract* (1933) 46 HARV. L. REV. 553, 585-592; Gardner, *An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts* (1932) 46 HARV. L. REV. 1, 23, 25. O princípio da autonomia privada nada tem a ver com a antiga controvérsia sobre se o efeito vinculante de um contrato deriva “da lei” ou “do contrato”. Aceitá-lo como base da responsabilidade contratual de modo algum implica adesão à visão de Marshall de que “a obrigação não é conferida aos contratos pelo direito positivo, mas é intrínseca e é conferida pelo ato das partes”. *Ogden v. Saunders*, 12 Wheat. 213, 345 (voto dissidente) (EUA, 1827). Como até Windscheid reconheceu, o problema não é de onde vem a obrigação, mas por qual razão ela é imposta.

¹⁷Duguit e Pound, em particular, parecem haver rejeitado essa afirmação em demasia, ao repudiarem a teoria da vontade.

estabelece suas relações jurídicas. Quando o princípio é enunciado desse modo, certas consequências parecem decorrer dele: (1) que o direito deve ocupar-se exclusivamente da intenção interna real do promitente; (2) que as vontades das partes devem “encontrar-se” em um mesmo instante temporal antes que o contrato possa resultar; (3) que o direito não tem poder de preencher lacunas em um acordo e é impotente para lidar com contingências imprevistas pelas partes; e mesmo (4) que o promitente deve ser livre para mudar de opinião a qualquer tempo, já que é sua vontade que estabelece a regra. Como tais consequências da teoria da vontade são consideradas inaceitáveis, presume-se refutada a teoria pelo fato de acarretá-las.

Se reconhecemos, contudo, que a teoria da vontade é apenas um modo figurado de exprimir o princípio da autonomia privada, veremos até que ponto essa “refutação” obscurece as questões envolvidas. Em nosso país, o poder de legislar é atribuído ao parlamento. Este fato é frequentemente expresso pela afirmação de que a vontade do legislador é a lei. Todavia, a partir dessa metáfora desgastada, não nos sentimos compelidos a extrair um conjunto de conclusões paralelas àquelas acima enumeradas como derivadas da teoria da vontade contratual. Especificamente, não buscamos a intenção “interna, real” dos legisladores individuais; não insistimos, exceto de modo meramente formal, em prova de que a maioria dos parlamentares estava efetivamente de acordo em um mesmo instante temporal; não hesitamos em preencher lacunas em estatutos defeituosos; e, finalmente, não permitimos que a maioria dos que votaram por determinada lei a anule por meio de posterior declaração informal de que mudaram de opinião.

O princípio da autonomia privada, corretamente compreendido, não é de modo algum inconsistente com uma interpretação “objetiva” dos contratos. Com efeito, pode-se ir além e afirmar que a chamada teoria objetiva da interpretação, em suas aplicações mais extremas, só se torna inteligível em termos do princípio da autonomia privada. Já se sugeriu que, em certos casos, os tribunais poderiam legitimamente atribuir a um contrato escrito uma interpretação inconsistente com a compreensão

efetiva de ambas as partes¹⁸. Que justificativa pode haver para tal entendimento? Responde-se: ela repousa na necessidade de promover a segurança das transações. Ora, a segurança das transações pressupõe “transações”, ou seja, atos de particulares que possuem função de criação normativa e de modificação de direitos. Quando se sai do campo de atos que têm esse tipo de função como sua *ratio essendi* — por exemplo, no campo da responsabilidade civil —, qualquer método intransigentemente “objetivo” de interpretação de um ato seria incompreensível.

Uma crítica legítima ao princípio da autonomia privada pode ser a de que ele é enunciado de forma demasiado estreita, excluindo, por implicação, a heteronomia privada. Se olharmos a questão com realismo, veremos que os homens não apenas criam leis privadas para si mesmos, mas também para seus semelhantes. Não me refiro aqui simplesmente à frequente existência de uma desigualdade grosseira de poder de barganha entre as partes contratantes, nem ao fenômeno do contrato padronizado elaborado por uma parte para uma série de transações rotineiras. Mesmo sem adentrar na realidade social subjacente às concepções jurídicas, um princípio de heteronomia privada é visível na própria teoria jurídica, como, por exemplo, quando se estabelece, como regra de direito, que o empregado está obrigado a obedecer às ordens razoáveis de seu empregador. Aqui, o empregador, dentro do quadro do contrato e sujeito ao veto judicial, está criando uma parte da “lei” da relação entre ele e seu empregado.

§ 8. *Que Matérias Devem Ser Deixadas à Autonomia Privada?* — Do simples fato de que se reconhece o princípio da autonomia privada não decorre que esse princípio deva ter aplicação ilimitada. A criação normativa por particulares deve ser mantida em sua esfera própria, assim como, sob nosso sistema constitucional, a criação normativa pelos parlamentos é mantida dentro de seu campo de competência pelos tribunais. Qual é a esfera própria da regra da autonomia privada?

Na sociedade moderna, o campo mais familiar de regulação pela autonomia privada é aquele relacionado à troca de bens e serviços. Paradoxalmente, é quando o contrato desempenha essa mais importante e difundida de suas funções que menos

¹⁸1 Williston, *CONTRACTS* (ed. rev. 1936) § 95.

tendemos a concebê-lo como uma espécie de legislação privada. Se A e B assinam artigos de sociedade, não temos dificuldade em ver a analogia entre seu ato e o de um parlamento. Mas se A contrata comprar uma tonelada de carvão de B por oito dólares, parece absurdo conceber esse ato como espécie de criação normativa privada. Isso ocorre apenas porque passamos a ver a distribuição de bens por meio de contratos privados como parte da ordem natural das coisas, esquecendo-nos de que se trata de apenas um entre vários modos possíveis de realizar o mesmo objetivo geral. O carvão não precisa ser comprado e vendido; pode ser distribuído por decreto de um ditador ou de uma junta de racionamento eleita. Quando permitimos que seja comprado e vendido por acordo privado, estamos, dentro de certos limites, permitindo que indivíduos estabeleçam suas próprias relações jurídicas em relação ao carvão¹⁹.

O princípio da autonomia privada não se limita, contudo, a contratos de troca e, historicamente, talvez tenha encontrado suas primeiras aplicações fora da relação de escambo ou comércio.²⁰ Como exemplos modernos do exercício da autonomia privada fora do campo da troca, podem ser citadas as promessas gratuitas seladas, os artigos de sociedade e os acordos coletivos de trabalho. Em todos esses casos pode haver um elemento de troca em segundo plano, assim como toda a sociedade é permeada por um princípio de reciprocidade. Mas o fato permanece: essas transações não têm como objetivo imediato a realização de uma troca de valores.

Quando o princípio da autonomia privada se estende além da troca, onde ele deve parar? A resposta a essa questão não é simples, mesmo que se tente fornecê-la em termos de um sistema particular de direito positivo. Não pretendo oferecer tal resposta aqui. Uma pergunta, contudo, deve ser enfrentada: quando o princípio da autonomia privada se estende para além da troca, pode-se legitimamente referir a ele como uma “base substancial da responsabilidade contratual”? Quando dizemos que as partes

¹⁹ “Bargain é, então, a maquinaria social e jurídica apropriada para organizar os negócios em qualquer economia especializada que confie na troca, em vez da tradição (o feudo) ou da autoridade (o exército, a U. R. S. S.), para a distribuição da energia produtiva e do produto” Llewellyn, *What Price Contract?* (1931) 40 YALE L. J. 704, 717.

²⁰ Weber, *WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT* (1925) 417.

contratantes estabelecem a lei de sua relação, não estamos atribuindo uma construção jurídica a seu ato, em vez de uma razão substancial para a intervenção judicial a fim de executar seu acordo? Deve-se admitir que, sob certo aspecto, o princípio da autonomia privada é mais uma teoria de execução do que uma razão para a execução. Mas, sob outro aspecto, o princípio implica sempre, ao menos, uma razão substancial ampla para a execução, idêntica à que fundamenta o governo em geral. Embora filósofos ocasionais possam parecer disputar tal proposição, a maioria de nós está disposta a admitir que algum tipo de regulação das relações humanas é necessário. É esse desiderato geral que fundamenta o princípio da autonomia privada. Sempre que se possa reforçar essa necessidade geral de regulação demonstrando que, no caso concreto, o acordo privado é o melhor ou o único método disponível de regulação, então, em tal caso, “o princípio da autonomia privada” pode legitimamente ser referido como uma base substancial da responsabilidade contratual.

§ 9. *Confiança*²¹.— Uma segunda base substancial da responsabilidade contratual reside no reconhecimento de que a violação de uma promessa pode causar prejuízo àquele que alterou sua posição confiando na expectativa de que a promessa seria cumprida. A confiança, como fundamento da responsabilidade contratual, não deve ser identificada com a confiança como medida da indenização devida ao credor da promessa. Quando o objetivo do tribunal é reembolsar a confiança prejudicial, ele pode medir a perda ocasionada pela confiança de modo direto (examinando o que o credor da promessa efetivamente despendeu em razão da confiança) ou de modo contratual (examinando o valor da prestação prometida, da qual o credor presumivelmente esperava ressarcir suas perdas por meio da confiança). Se o objetivo exclusivo do

²¹Sobre o tema geral desta seção, ver Gardner, *An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts* (1932) 46 HARV. L. REV. 1, 22-23; Cohen, *The Basis of Contract* (1933) 46 HARV. L. REV. 553, 578-580; Pound, *AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW* (1922) 269-284; Harriman, *THE LAW OF CONTRACTS* (2ª ed. 1901) §§ 646-652; Fuller e Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages* (1936-1937) 46 YALE L. J. 52, 373; Mason, *A Theory of Contract Sanctions* (1938) 38 COLUMBIA LAW REV. 775. “Pode-se sustentar com justiça que a base fundamental dos contratos simples, historicamente, foi a atuação em confiança justificável em uma promessa.”¹ Williston, *CONTRACTS* (ed. rev. 1936) § 139.

tribunal é reembolsar as perdas resultantes da confiança, é de esperar que prefira a medida direta quando esta possa ser aplicada convenientemente. Mas há várias razões — demasiado complexas para discussão aqui — pelas quais um tribunal pode considerar essa medida impraticável e, por isso, preferir a medida contratual, ainda que seu objetivo exclusivo permaneça o de ressarcir a confiança²².

Qual a relação entre a confiança e o princípio da autonomia privada? Ocasionalmente, a confiança pode aparecer como fundamento distinto de responsabilidade, excluindo a necessidade de qualquer recurso à noção de autonomia privada. Um exemplo pode ser encontrado em alguns casos submetidos à Seção 90 da Consolidação dos Contratos. Nesses casos, não estamos “preservando transações”, mas sim reparando perdas causadas pela quebra da boa-fé. Noutra classe de casos, o princípio do ressarcimento da confiança entra em conflito com o princípio da autonomia privada. São aqueles em que o credor da promessa confiou de forma séria e, segundo os padrões ordinários de conduta, justificável em uma promessa, a qual o promitente estipulou expressamente que não deveria impor-lhe responsabilidade jurídica²³. Em outros casos ainda, a confiança não aparece como fundamento independente ou concorrente de responsabilidade, mas como base que suplementa e reforça o princípio da autonomia privada. Por exemplo, enquanto permanece meramente executório, um determinado acordo pode ser considerado demasiado vago para ser executado; até que seja objeto de atos de execução, tal acordo pode ser tratado como exercício defeituoso do poder de autonomia privada. Após a confiança, contudo, o tribunal pode estar disposto a assumir os riscos envolvidos na execução de um acordo

²²Ver Fuller e Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages* (1936-1937) 46 YALE L. J. 52, 66-67 e *passim*.

²³ Em vários casos recentes desse tipo, envolvendo promessas de bônus a empregados, a recuperação foi admitida. Nesses casos, o princípio de ressarcir a confiança é considerado como prevalecendo sobre o princípio da autonomia privada. Ver *Tilbert v. Eagle Lock Co.*, 116 Conn. 357, 165 Atl. 205 (1933); *Psutka v. Michigan Alkali Co.*, 274 Mich. 318, 264 N. W. 385 (1936), 36 Columbia Law Rev. 996; *Wellington v. Curran Printing Co.*, 216 Mo. App. 358, 268 S. W. 396 (1925); *Mabley & Carew Co. v. Borden*, 129 Ohio St. 375, 195 N. E. 697 (1935), 49 HARV. L. REV. 148, 149. No mesmo sentido, ver também *George A. Fuller Co. v. Brown*, 15 F.(2d) 672 (C. C. A. 4th, 1926).

indefinido, quando isso for necessário para evitar perda séria à parte que confiou²⁴. O mesmo efeito da confiança, como reforço do princípio da autonomia privada, pode ser visto em grande parte do direito da renúncia. Por fim, em alguns ramos do direito contratual, confiança e autonomia privada aparecem não como reforçando uma à outra para justificar a intervenção judicial quando nenhuma delas, sozinha, seria suficiente, mas como fundamentos alternativos e independentemente adequados para impor responsabilidade no mesmo caso. Talvez seja essa a situação naqueles casos em que a probabilidade de ocorrência de confiança influencia o tribunal a impor responsabilidade ao promitente²⁵. De um lado, pode-se dizer que a probabilidade da confiança demonstra que as próprias partes consideraram sua transação como exercício de autonomia privada, que entenderam estar fixando seus direitos e estavam dispostas a agir em conformidade. Nessa visão, o direito simplesmente aquiesce à concepção das partes de que sua transação determinava suas relações jurídicas. De outro lado, pode-se dizer que a probabilidade de que a confiança ocorra é razão suficiente para dispensar a prova de que ela de fato ocorreu, já que, quando a confiança assume formas negativas e intangíveis, pode ser difícil demonstrá-la. Nessa teoria, a execução da promessa é vista, ou como proteção a uma confiança real que provavelmente ocorreu, ou como espécie de medida profilática contra perdas decorrentes de confiança que serão difíceis de provar caso venham a ocorrer.

§ 10. *Enriquecimento Sem Causa*²⁶. — Em troca da promessa de B de lhe dar uma bicicleta, A paga a B cinco dólares; B descumpra sua promessa. Podemos considerar

²⁴*Morris v. Ballard*, 16 F. (2d) 175 (App. D. C. 1926) (adjudicada execução específica); *Kearns v. Andree*, 107 Conn. 181, 139 Atl. 695 (1928) (condenação em danos medidos pelo interesse de confiança).

²⁵Embora haja poucas decisões em que a probabilidade de confiança seja explicitamente tomada como fundamento da decisão, há razão para supor que esse fator exerce influência potente na conformação do direito contratual. Ver Fuller e Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages* (1936-1937) 46 YALE L. J. 52, 60-61. Cf. *Rutgers v. Lucet*, 2 Johns. 92, 95 (N. Y. 1800): “A confiança nele [no promitente], e seu compromisso de executar o encargo, erigem valoração suficiente.” O fator da provável confiança pode explicar por que a rejeição de uma oferta, sem prova de confiança efetiva nela por parte do ofertante, extingue o poder de aceitação, e talvez forneça uma pista para as regras estabelecidas em conexão com o problema da eleição entre remédios incompatíveis.

²⁶Sobre o papel do enriquecimento sem causa no direito contratual, ver Havighurst, *Services in the Home—A Study of Contract Concepts in Domestic Relations* (1932) 41 YALE L. J. 386, 390; Gardner, *An Inquiry into the*

este como um caso em que a injustiça resultante da quebra de uma promessa confiada pelo credor é agravada. A injustiça é agravada porque não apenas A perdeu cinco dólares, mas B os ganhou injustamente. Se, seguindo Aristóteles, concebemos a justiça como preocupada em manter uma proporção adequada de bens entre os membros da sociedade, podemos reduzir as relações envolvidas a termos matemáticos. Suponha-se que A e B tenham cada qual inicialmente dez unidades de bens. A relação entre eles é então de equivalência, 10:10. Se A perde cinco unidades em confiança numa promessa de B, que B descumpra, a relação resultante é 5:10. Se, entretanto, A tivesse pago essas cinco unidades a B, a relação resultante seria 5:15²⁷. Essa comparação mostra por que o enriquecimento sem causa decorrente da quebra contratual apresenta um caso mais urgente de intervenção judicial do que a mera perda pela confiança não resultante em enriquecimento sem causa.

Como o enriquecimento sem causa é simplesmente um caso agravado de perda por confiança²⁸, tudo o que foi dito na seção anterior aplica-se aqui. Quando o problema é o quantum da indenização, o enriquecimento sem causa pode ser medido *diretamente* (pelo valor do que o promitente recebeu) ou *contratualmente* (pelo valor do equivalente prometido). Do mesmo modo, a prevenção do enriquecimento sem causa pode, por vezes, aparecer abertamente como fundamento distinto de responsabilidade (como em ações de restituição por descumprimento de promessa oral “inexigível” pela Lei de Fraudes), e em outras ocasiões pode surgir como fundamento de responsabilidade suplementando e reforçando o princípio da autonomia privada (como quando a noção de *waiver* é aplicada “para prevenir a perda do direito”, e nos casos em que a inferência

Principles of the Law of Contracts (1932) 46 HARV. L. REV. 1, 34-35; e Fuller e Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages* (1936-1937) 46 YALE L. J. 52, 373, esp. às pp. 53-57, 66-75, 396-397, 405, 409.

²⁷ Cf., Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1132a-1132b.

²⁸ É possível conceber casos em que um réu fosse enriquecido pelo inadimplemento de sua promessa, embora esse enriquecimento não resultasse de confiança na promessa por parte de quem se empobreceu. Tal caso se apresentaria, por exemplo, quando, após o autor ter voluntariamente descrito uma fórmula secreta ao réu, este, por uma valoração então paga a ele, promettesse não usar a fórmula em seus negócios, e depois viesse a quebrar sua promessa. Normalmente, contudo, quando alguém obtém um benefício para si por meio da quebra de uma promessa, é porque a promessa induziu outrem a abrir mão de algo.

de uma promessa tácita de compensação é explicada pelo desejo do tribunal de evitar enriquecimento sem causa).

§ 11. *Obstáculos Substanciais à Intervenção Jurídica para Executar Promessas.* — Tenho falado das “bases substanciais da responsabilidade contratual”. Deve-se notar, contudo, que a execução de promessas implica certos custos que constituem objeções substanciais à imposição da responsabilidade contratual. O primeiro desses custos é o evidente: o esforço social despendido no procedimento judicial necessário à execução. A execução envolve, porém, outro custo menos tangível e mais importante. Há uma necessidade real de um campo de convivência humana livre de constrangimentos jurídicos, de um espaço em que os homens possam, sem responsabilidade, retirar garantias que antes ofereceram²⁹. Cada vez que se torna exigível uma nova espécie de promessa, reduz-se a área desse campo. A necessidade de um domínio de relações “livres remanescentes” não é meramente espiritual. Negócios muitas vezes só podem surgir a partir de uma série convergente de negociações, em que cada passo contém garantias suficientes para justificar uma nova troca de pontos de vista e, ao mesmo tempo, permanece flexível o bastante para permitir uma readaptação radical a novas situações. Cercar de sanções jurídicas rígidas até mesmo as primeiras manifestações exploratórias de intenção não apenas introduziria uma atmosfera desagradável nas negociações comerciais, como também de fato as dificultaria. As necessidades do comércio, nesse aspecto, são sugeridas pelo fato de que, na Alemanha, onde o código torna obrigatórias as ofertas sem valoração, tornou-se rotineiro estipular cláusula de revogação.

§ 12. *A Relação da Forma com as Bases Substanciais da Responsabilidade Contratual.* — A forma tem relação óbvia com o princípio da autonomia privada. Quando os homens fazem leis para si mesmos, é desejável que o façam em condições que garantam as aspirações descritas em nossa análise das funções da forma. Ademais, quanto maior a

²⁹Cf., Cohen, *The Basis of Contract* (1933) 46 HARV. L. REV. 553, 573; Willis, *Rationale of the Law of Contracts* (1936) 11 IND. L. J. 227, 230; *Richard's Ex'r v. Richards*, 46 Pa. 78, 82 (1863).

segurança de que tais aspirações estão satisfeitas, maior poderá ser a amplitude que estejamos dispostos a atribuir à autonomia privada. Uma Constituição pode permitir que um parlamento aprove leis sobre determinados temas de maneira informal, mas prescrever procedimento mais formal para “atos extraordinários”, exigindo, por exemplo, leituras sucessivas do projeto antes de sua votação. Do mesmo modo, no direito contratual, podemos confiar que os homens, na situação de troca, fixem seus direitos com relativa informalidade. Quando, porém, vão além do campo da troca, pode-se exigir um selo, ou a presença de um notário, para a validade de suas promessas.

Quando indagamos da relevância da forma para a responsabilidade fundada na confiança ou no enriquecimento sem causa, torna-se necessário distinguir entre as três funções da forma. Quanto às aspirações incluídas nas funções probatória e cautelar, é claro que não perdem sua significação simplesmente porque a base da responsabilidade se deslocou. Mesmo no direito da responsabilidade civil nos preocupamos com a suficiência da prova do que de fato ocorreu e (ao menos às vezes) com o grau de deliberação com que o réu agiu. É verdade que, no campo da responsabilidade civil, tais considerações não se efetivam usualmente da mesma maneira que no direito contratual. Isso decorre do fato de que a função de canalização da forma torna-se, nesse campo, em grande parte irrelevante, pois essa função está intimamente ligada ao princípio da autonomia privada e perde significação nos domínios em que esse princípio não tem aplicação. Na medida, portanto, em que o fundamento da responsabilidade pela promessa se desloca da autonomia privada para o ressarcimento da confiança ou a prevenção do enriquecimento sem causa, nessa mesma medida diminui a relevância da função de canalização da forma. Essa função perde totalmente sua pertinência no ponto indefinido em que deixa de ser adequado referir-se aos atos que fundamentam a responsabilidade como uma “transação”.

III. AS POLÍTICAS, “FORMAIS” E “SUBSTANCIAIS”, SUBJACENTES AO REQUISITO DE VALORAÇÃO NO *COMMON LAW*

§ 13. *Razões para Recusar a Execução da Promessa Gratuita e Não Apoiada em Confiança.*— A promete dar a B cem dólares; B de modo algum alterou sua posição em

confiança nessa promessa, nem deu ou prometeu coisa alguma em contrapartida. Nessa situação, a execução da promessa é negada tanto no *common law* quanto no direito civil. No *common law* invoca-se como razão a “falta de valoração”; os civilistas apontam para a ausência de cumprimento das formalidades legais. Em nenhum dos casos, evidentemente, a razão atribuída explica as políticas que justificam a exclusão dessa promessa da execução. Uma explicação em termos de políticas subjacentes pode, entretanto, ser elaborada com base na análise recém-concluída.

Considerando o caso do ponto de vista das bases substanciais da responsabilidade contratual, observa-se, antes de tudo, que aqui não há nem confiança nem enriquecimento sem causa. Ademais, liberalidades como esta não apresentam caso especialmente premente para aplicação do princípio da autonomia privada, sobretudo se levarmos em conta os obstáculos substanciais à intervenção judicial. Enquanto a troca de bens é transação que conduz à produção de riqueza e à divisão do trabalho, a doação é, nas palavras de Bufnoir, uma “transmissão estéril”³⁰. Se, sob fundamentos “substanciais”, o equilíbrio já se inclina contra a intervenção judicial, o caso contra a execução torna-se mais forte quando consideramos as aspirações subjacentes ao uso das formalidades. Que, no presente caso, faltem salvaguardas probatórias e cautelares é evidente. Quanto à função de canalização da forma, observa-se que a promessa é feita em campo em que a intenção não é naturalmente canalizada. Nada existe aqui que permita uma divisão nítida entre manifestações tentativas e exploratórias de intenção, de um lado, e transações juridicamente eficazes, de outro. Em contraste com a situação da doação imediata de um bem móvel (em que o título se transfere pela tradição manual), aqui não há “formalidade natural” de que os tribunais possam lançar mão como critério de exigibilidade.

§ 14. *O Arquétipo Contratual – A Troca Semi-Executada.* — A entrega um cavalo a B em troca da promessa de B de pagar-lhe dez dólares; B descumpra sua promessa, e A

³⁰ *PROPRIÉTÉ ET CONTRAT* (2ª ed. 1924) 487. Essa observação de Bufnoir não pode ser tomada demasiado literalmente; o elemento de troca é variável, e há poucas relações humanas que não envolvam certo grau de reciprocidade. Deve-se recordar que a prática de trocar bens comumente emergiu, em sociedades primitivas, de um sistema de doações com, como diz Llewellyn, “uma obrigação sentida de reciprocidade.”

ajuíza ação pelo preço acordado. Neste caso estão reunidos todos os fatores que anteriormente analisamos como tendentes na direção da execução de uma promessa. No plano substancial, há confiança por parte de A e enriquecimento sem causa de B. A transação envolve uma troca de valores econômicos, situando-se, portanto, em um campo adequadamente deixado à autonomia privada em uma economia em que não haja outra previsão para a circulação de bens e a divisão do trabalho, ou em que (como talvez em sociedade primitiva) uma economia em expansão faça parecer inadequada a provisão existente para esses fins. No plano da forma, a entrega e aceitação do cavalo implicam uma espécie de formalidade natural, que satisfaz os propósitos probatórios, de advertência e de canalização das formalidades jurídicas.

Descrevendo essa situação como “o arquétipo contratual”³¹, podemos tomá-la como ponto de partida, tratando os demais casos em termos do grau de sua divergência em relação a ele. Naturalmente, todos os tipos de nuances são possíveis aqui, e alguns afastamentos menores do padrão foram objeto de disputa na história inicial da ação de dívida. Estamos preocupados aqui, entretanto, principalmente com duas grandes divergências do arquétipo: a situação da troca meramente executória e a situação da confiança sem troca.

§ 15. *A Troca Totalmente Executória*. — B promete construir uma casa para A, e A, em contrapartida, promete pagar a B 5.000 dólares na conclusão da obra. B descumpre sua promessa, e A, sem ter ainda tido ocasião de pagar qualquer quantia no contrato, processa B por perdas e danos. A intervenção judicial nesse tipo de caso aparentemente começou na Inglaterra por volta do final do século XVI. Esse desenvolvimento descrevemos dizendo que, após *Strangborough v. Warner*³² e casos relacionados, o contrato bilateral como tal tornou-se, pela primeira vez, exequível. Assume-se hoje em geral que, no que se refere à valoração, o contrato bilateral executório encontra-se em plena paridade com a situação em que o autor já tenha pago o preço da prestação

³¹ Cf. Fuller e Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages* (1936) 46 YALE L. J. 52, 67 e referências ali citadas.

³² 4 Leo. 3, 74 ENG. REP. 686 (K. B. 1589).

prometida pelo réu. Contudo, se examinarmos o contrato bilateral executório em termos das políticas subjacentes à valoração, tornar-se-á evidente que essa suposição é injustificada, e que Lord Holt na realidade ultrapassou o ponto ao afirmar que “quando a realização de um ato constituir boa valoração, a promessa de realizar esse ato também o será.”³³

Onde um contrato bilateral permanece totalmente exigível, os argumentos em favor da intervenção judicial ficam consideravelmente diminuídos em comparação com a situação da troca semi-executada. Aqui não há enriquecimento sem causa. A confiança pode ou não existir, mas, em qualquer hipótese, não será tão tangível e direta quanto onde consiste na prestação do preço da execução prometida pelo réu. No plano da forma, perde-se a formalidade natural implicada na transferência de propriedade ou na prestação e aceitação de serviços. Resta simplesmente o fato de que a transação é uma troca e não uma doação. Esse fato, por si só, oferece alguma garantia quanto às funções cautelar³⁴ e canalização da forma, embora, salvo quando a Lei de Fraudes intervenha para suprir a deficiência, as salvaguardas probatórias sejam em grande parte inexistentes. Essa atenuação dos fatores que militam pela execução não apenas ajuda a explicar por que a responsabilidade nessa situação foi tardia em se desenvolver, mas também explica por que, ainda hoje, o contrato bilateral executório não pode ser colocado em completa paridade com a situação da troca semi-executada.

Na situação da troca semi-executada, o elemento da troca é apenas um fator que tende à execução. Como esse elemento aí se reforça pela confiança, pelo enriquecimento sem causa e pela formalidade natural implicada na entrega e aceitação de um benefício tangível, não é necessário analisar de perto o conceito de troca, podendo-se deixá-lo em termos vagos. No contrato bilateral executório, ao contrário,

³³ *Thorp v. Thorp*, 12 Mod. 455, 459, 88 ENG. REP. 1448, 1450 (K. B. 1702).

³⁴ “Em *Contratos Bilaterais*, a [irreflexão]... supõe-se prevenida pela mutualidade: cada parte contratando em seu próprio proveito pecuniário; contemplando um *quid pro quo*; e, portanto, encontrando-se naquele estado de atenção circumspecta que um homem, quando pensa apenas em tal vantagem, naturalmente assume”. Austin, *Fragments — On Contracts*, impressoem 2 *LECTURES ON JURISPRUDENCE* (4ª ed. 1873) 939, 940.

o elemento da troca figura em grande parte sozinho³⁵ como fundamento da responsabilidade, e sua definição torna-se crucial. Várias definições são possíveis. Podemos defini-la vagamente como uma transação da qual cada participante auferir um benefício, ou, mais restritivamente, como uma transação em que os motivos das partes são primariamente econômicos e não sentimentais. Seguindo Adam Smith, podemos dizer que é uma transação que, direta ou indiretamente, conduz à divisão do trabalho. Ou podemos adotar a noção de Demogue de que a característica mais importante da troca é ser uma situação na qual os interesses das partes transacionantes se opõem, de modo que a utilidade social do contrato se garante em certa medida pelo fato de emergir como um compromisso desses interesses conflitantes³⁶. O problema de escolher entre essas concepções pode parecer remoto e pouco relevante, mas subjaz a alguns dos problemas mais familiares do direito contratual. Por exemplo, suponha que um sobrinho prometa a seu tio que não fumará até completar vinte e um anos, e o tio lhe prometa 5.000 dólares como recompensa se mantiver sua promessa. Quando o sobrinho processa, após ter conquistado a recompensa seguindo a conduta prescrita, a recuperação foi admitida³⁷. Mas tal acordo seria exequível como contrato bilateral executório? Poderia o tio, por exemplo, processar o sobrinho por fumar um cigarro? Ao responder a essa questão, torna-se logo evidente que nos defrontamos com a necessidade de definir o tipo particular de troca que é essencial à execução de um contrato bilateral. Problema semelhante subjaz a muitos dos casos que envolvem “promessas ilusórias.”

Tal como a valoração, a troca é um conceito complexo. Ao problema da troca executória podemos, em âmbito mais restrito, aplicar a mesma abordagem geral que aplicamos ao problema da valoração como um todo. Aqui nosso “arquétipo” é o negócio de valores econômicos na forma de bens, serviços ou dinheiro. À medida que

³⁵Digo “em grande parte sozinho” porque há sempre a possibilidade de que o tribunal seja influenciado por confiança efetiva no acordo ou pela probabilidade de que a confiança tenha ocorrido ou venha a ocorrer.

³⁶1 *TRAITÉ DES OBLIGATIONS* (1923) 31; 2 *id.* 130-131.

³⁷*Hammer v. Sidway*, 124 N. Y. 538, 27 N. E. 256 (1891); *Lindell v. Rokes*, 60 Mo. 249 (1875); *Talbott v. Stemmons*, 89 Ky. 222 (1889).

um caso particular se afasta desse arquétipo, diminuem os incentivos à intervenção judicial, até que se atinja um ponto em que a tutela será totalmente negada, salvo se o elemento atenuado da troca for reforçado, seja no plano formal, por alguma satisfação formal ou informal dos objetivos subjacentes ao uso das formalidades jurídicas, seja no plano substancial, pela demonstração de confiança ou enriquecimento sem causa, ou de alguma necessidade especial de regulamentação das relações envolvidas pela autonomia privada.

§ 16. *Transações Acessórias às Trocas.* — Existem várias transações que, embora não se destinem imediatamente a realizar uma troca, constituem etapas preliminares necessárias a trocas ou lhes são acessórias no processo de realização. Entre elas podemos mencionar ofertas, promessas de fiadores não remunerados e o que Llewellyn descreveu como “ajustes de transação em curso”, tais como as concessões unilaterais ou promessas de compensação adicional concedidas durante a execução de um contrato bilateral.

Em razão de sua conexão com trocas, essas transações, em graus variados, participam dos fundamentos subjacentes, tanto “formais” quanto “substanciais”, que justificam a execução das trocas. Assim, por exemplo, se se entendesse que as trocas poderiam, na prática, apenas ser arranjadas mediante o expediente de ofertas preliminares e que estas somente seriam eficazes se tornadas irrevogáveis, então os fundamentos substanciais para a execução de contratos bilaterais de troca se estenderiam às ofertas. Novamente, uma promessa de compensação extra feita a alguém já contratado para construir uma casa a preço fixo participa, em certa medida, das garantias “formais” que justificam a execução das trocas. Do ponto de vista da função de “canalização”, por exemplo, tal promessa recebe certa canalização por estar vinculada a um negócio já existente. Não há aqui, no mesmo grau que nas promessas puramente gratuitas, uma terra de ninguém nebulosa em que seja impossível distinguir entre a promessa vinculante e as expressões de intenção tentativas ou exploratórias.

Até onde a sanção jurídica deve se estender a essas transações que margeiam e cercam as trocas é uma questão legislativa que não pode ser discutida aqui, embora se

possa observar que é precisamente nesse campo que existe a maior diferença entre o *common law* e o direito civil. Provavelmente nosso próprio Direito talvez necessite de alguma reforma. A promessa escrita de um fiador que garante a execução de uma das partes de uma troca, por exemplo, provavelmente devesse ser tornada exequível sem valoração. Quanto às ofertas, o problema é mais difícil, e provavelmente alguma distinção entre tipos de ofertas é adequada.

§ 17. *Confiança Não Negociada*. — Um tio promete dar mil dólares ao sobrinho; em confiança nessa promessa, o sobrinho contrai uma dívida que de outra forma não teria contraído. Neste caso, temos uma mudança de posição que não foi negociada como preço da promessa do tio. Quando o elemento de troca é removido de um caso, o apelo à intervenção judicial diminui tanto no plano da forma quanto no da substância. Ele se reduz substancialmente porque já não estamos no campo que é, na sociedade moderna, o mais obviamente adequado à regra da autonomia privada. Do ponto de vista formal, quando perdemos a troca, perdemos as garantias formais que acompanham a situação de troca. (Ver §§ 14 e 15, *supra*.)

A Seção 90 da Consolidação dos Contratos dispõe, em efeito, que uma promessa que tenha gerado confiança não negociada pode ou não ser executada, dependendo das circunstâncias do caso. A seção torna explícitos apenas dois critérios que influem na questão de se deve ou não ser concedida tutela, a saber, a gravidade da confiança do beneficiário da promessa e sua previsibilidade pelo promitente. Com base na análise apresentada neste artigo, as seguintes indagações adicionais seriam pertinentes: (1) A promessa foi motivada inteiramente pela generosidade, ou emergiu de um contexto de troca tácita? (Ver §§ 15 e 16, *supra*.) (2) As aspirações subjacentes ao uso das formalidades foram satisfeitas em algum grau pelas circunstâncias em que a promessa foi feita? (Ver § 6, *supra*.) Quanto à segunda questão, podemos indagar se a promessa foi expressa ou implícita, e se, após a promessa, o beneficiário declarou ao promitente sua intenção de nela se apoiar³⁸.

³⁸Nesse sentido, a “aceitação” da promessa de uma liberalidade pode ser significativa, embora o *Restatement of Contracts*, no § 85, isente as promessas tornadas exequíveis nos termos do § 90 da exigência

§ 18. *Valoração Nominal*. — Tem-se decidido que uma promessa de fazer uma doação pode ser tornada vinculante mediante o pagamento de uma valoração “nominal”, como um dólar ou um centavo. O fundamento adequado para sustentar essas decisões parece ser que os objetivos subjacentes ao uso das formalidades estão aqui satisfeitos pelo fato de que as partes se deram ao trabalho de revestir sua transação na forma de uma troca. A promessa apoiada por valoração nominal torna-se então exequível por razões semelhantes às que justificam a execução da promessa sob selo. (Ver § 12, *supra*.) Do ponto de vista de tal análise, qualquer distinção como a assumida em *Schnell v. Nell*³⁹ e na Seção 76 (c) do *Restatement of Contracts* é inteiramente deslocada.

§ 19. *Renúncia de Direitos*. — Existe em nosso direito uma tendência perceptível, embora não expressa de modo consistente, de tratar a renúncia de direitos de forma diferente da criação de direitos⁴⁰. A mesma tendência pode ser observada em sistemas estrangeiros⁴¹. Em geral, pode-se dizer que é mais fácil abrir mão de um direito do que criar um. Palavras como “renúncia”, “abandono”, “extinção” e “desistência” associam-se, na mente do jurista, a relaxamento, a um abaixamento das barreiras. Qual é a explicação para essa tendência? Trata-se de uma questão que, até onde sei, não foi

de assentimento mútuo. No Continente, a exigência de alguma expressão de aceitação, muitas vezes aplicada mesmo a promessas puramente unilaterais, opera, em certa medida, como uma espécie de substituto da valoração, e muitas das críticas que, neste país, se dirigem contra a exigência de valoração dirigem-se lá contra a regra de que a promessa não aceita não pode ser vinculante. Ver Heck, *GRUNDRISSE DES SCHULDRECHTS* (1929) § 41; 1 Demogue, *TRAITÉ DES OBLIGATIONS* (1923) 51-63. Na França, a principal dúvida sobre o efeito vinculante de uma oferta surge não da falta de valoração, mas da falta de aceitação, pelo destinatário, da proposta de manter a oferta aberta por certo período. Ver 2 Demogue, *TRAITÉ* 17. Que possa haver certa sobreposição na função da valoração e do assentimento mútuo é patente na seguinte passagem de Austin: “Por que uma promessa é vinculante... Ela vincula em razão da expectativa despertada no promissário. Por essa razão, uma mera policação (isto é, uma promessa feita mas não aceita) não é vinculante; pois uma promessa não aceita não poderia despertar expectativa” *Fragments - On Contracts*, impressoem 2 *JURISPRUDENCE* (4ª ed. 1873) 939.

³⁹17 Ind. 29 (1861).

⁴⁰ Ver 6 Williston, *CONTRACTS* (ed. rev. 1938) §§ 1820-1833.

⁴¹Ver, e.g., o Código Suíço das Obrigações § 115; o Código Civil Alemão § 397; Raynaud, *La renonciation à undroit* (França, 1936) 35 *REV. TRIM. DE DR. CIV.* 763.

respondida de forma alguma. Creio que a análise apresentada no § 6, *supra*, pode oferecer ao menos parte da resposta.

Se, quando um credor libera seu devedor, as aspirações subjacentes ao uso das formalidades se satisfazem pelas circunstâncias que cercam a transação informal, então temos uma explicação para a observada flexibilização dos requisitos “formais” nessa situação. Uma analogia do direito de doações será novamente útil. Ordinariamente, a doação eficaz de um bem móvel requer algum documento de transferência ou a entrega do próprio bem. Todavia, já se decidiu que, quando o bem já se encontra na posse do donatário, meras palavras de doação são suficientes. Isso se deve em parte ao fato de que, em tal situação, as palavras relativas à doação vêm acompanhadas de uma sensação de privação presente, que está ausente quando o bem permanece nas mãos do doador⁴². A função de advertência da forma está, portanto, satisfeita nessa situação sem a imposição de forma. Assim também, creio, se examinarmos o problema ora em discussão do ponto de vista da função de advertência da forma, será aparente que há diferença entre liberar um crédito e criar um crédito por promessa. A liberação de um crédito, mesmo se feita oralmente, traz normalmente consigo uma sensação de privação que falta no caso de uma promessa. Onde as palavras têm esse efeito, onde tendem a produzir um choque psicológico no declarante, elas satisfazem o objetivo de induzir deliberação tanto quanto uma escritura ou um selo. No plano da “substância”, pode-se observar que as renúncias são normalmente transações acessórias a uma relação de troca. (Ver § 16, *supra*.)

O que acaba de ser dito não se apresenta como uma análise adequada de todo o problema da desistência e da renúncia. Tal análise poderia ser feita, creio, em termos dos fatores delineados neste artigo, mas teria de levar em conta as nuances e complexidades a que esses fatores estão sujeitos nesse campo. Entre as correntes contrárias que atuam em direção oposta à tendência ora discutida estão a regra de

⁴²Ver Mechem, *The Requirement of Delivery in Gifts of Chattels* (1926) 21 ILL. LAW REV. 341, 365.

*Foakes v. Beer*⁴³ e o contexto peculiar que envolve a renúncia de créditos por danos pessoais.

§ 20. *Obrigação Moral como Valoração.* — Os tribunais frequentemente têm executado promessas com base no simples fundamento de que o promitente apenas prometia fazer aquilo que já deveria ter feito de qualquer maneira. Esses casos foram ou condenados como afastamentos arbitrários do princípio jurídico, ou aceitos com relutância como envolvendo o tipo de compromisso que a lógica inevitavelmente deve fazer, em certos momentos, com o sentimento. Creio que essas decisões são suscetíveis de uma defesa racional. Quando dizemos que o réu estava moralmente obrigado a fazer o que prometeu, afirmamos, em efeito, a existência de um fundamento substancial para a execução da promessa. Em sentido amplo, uma linha de raciocínio semelhante justifica o status especial conferido pelo direito aos contratos de troca. Os homens devem trocar bens e serviços; portanto, quando celebram contratos com esse fim, executamos tais contratos. No plano da forma, a preocupação com garantias formais justificadamente diminui quando a promessa é respaldada por uma obrigação moral de fazer o prometido. Que importa que o promitente possa ter agido sem grande deliberação, se ele apenas promete fazer o que deveria ter feito sem necessidade de promessa? Pela mesma razão, não podemos, justificadamente, relevar certo grau de insegurança probatória?

Em refutação à noção de “valoração moral”, às vezes se afirma que uma obrigação moral somada a uma mera promessa de executá-la não pode criar mais responsabilidade jurídica do que zero mais zero possa resultar em qualquer outro número que não seja zero. Mas uma analogia matemática igualmente apropriada é a proposição de que meio mais meio é igual a um. A convicção do tribunal de que o promitente deve fazer o que prometeu, somada ao próprio reconhecimento, pelo promitente, de sua obrigação, pode inclinar a balança em favor da execução, quando nenhum dos dois, isoladamente, seria suficiente. Se se argumenta que a valoração moral ameaça a certeza, a solução parece residir, não em rejeitar a doutrina, mas em

⁴³L. R. 9 App. Cas. 605 (1884).

domá-la mediante a continuidade do processo de exclusão e inclusão judicial já iniciado nos casos que envolvem contratos de menores, dívidas prescritas e falências liberadas.

§ 21. *Execução de Dever Jurídico como Valoração.* — A análise apresentada neste artigo não é suficiente para a compreensão dos fatores subjacentes a todas as situações em que os tribunais têm falado de “valoração”. Por exemplo, casos em que os tribunais disseram que acordos ilegais são nulos por falta de valoração (uma vez que a lei deve fechar os olhos a uma valoração ilícita)⁴⁴ obviamente envolvem políticas que vão além daquelas aqui analisadas. É por razão semelhante que não introduzi na discussão os casos que estabelecem a regra de que a execução de um dever jurídico não pode constituir valoração. Esses casos envolvem fatores extrínsecos aos problemas aqui em debate. Entre esses fatores estão os efeitos da coerção imprópria e a necessidade de preservar o moral de profissões como a de policial, jôquei e marinheiro, que envolvem atividades que incidem diretamente sobre os interesses de terceiros⁴⁵. Esses casos tocam a presente discussão apenas no sentido de que existe certa relação entre coerção e os objetivos subjacentes ao uso de formalidades; tudo o que tende a garantir deliberação na formulação de uma promessa tende, em alguma medida, a proteger contra formas mais brandas de coerção.

§ 22. *O Futuro da Forma.* — Apesar de uma alegada tendência moderna em direção à “informalidade”, há pouca razão para acreditar que o problema da forma desaparecerá no futuro. As aspirações que embasam o uso das formalidades manterão sua relevância enquanto os homens fizerem promessas uns aos outros. Pode-se levantar, contudo, dúvida legítima sobre se haverá algum lugar no futuro para o que se pode chamar de “formalidade genérica”, a formalidade que, como o selo, basta para

⁴⁴Ver, e.g., *Branch v. Haas*, 16 Fed. 53, 55 (1883).

⁴⁵Ver a análise desse problema em Whittier, *The Restatement of Contracts and Consideration* (1930) 18 CALIF. L. REV. 611, 616-624; e Sharp, *Pacta Sunt Servanda*, *supra* página 787. O problema da exequibilidade de uma promessa de pagar ao promissário por fazer seu dever jurídico tem sido muito discutido no direito francês. Ver, e.g., 2 Demogue, *TRAITÉ DES OBLIGATIONS* (1923) 603. Onde tais promessas são privadas de execução, a controvérsia doutrinária tem girado em torno da questão de saber se o fundamento adequado é a falta de causa ou a causa ilícita.

tornar exequível qualquer tipo de promessa que não seja imoral ou ilegal. Não é que não haja necessidade de tal mecanismo. A questão é se, com nossos atuais modos rotinizados e institucionalizados de realizar negócios, uma “formalidade genérica” pode alcançar os desiderata que a forma se destina a atingir. O efeito líquido de uma reforma como a da Lei Uniforme de Obrigações Escritas, por exemplo, provavelmente será o de acrescentar uma ou duas linhas a formulários impressos que ninguém lê e aumentar o embaraço da tarefa dos juízes ao buscarem uma forma de liberar alguém de um pacto opressivo sem parecer repudiar a filosofia vigente do livre contrato. Nas condições modernas, talvez os únicos mecanismos que seriam realmente eficazes em alcançar os objetivos formais seriam o de uma valoração nominal efetivamente entregue, ou a exigência de que a promessa seja inteiramente redigida de próprio punho pelo promitente. Como demonstra o testamento hológrafo, mesmo o segundo desses mecanismos seria inadequado do ponto de vista da função de “canalização”.

§ 23. *O Futuro da Valoração.* — O futuro da valoração está vinculado, em grande medida, ao futuro do princípio da autonomia privada. Se o desenvolvimento de nossa sociedade continuar ao longo das linhas que hoje segue, podemos esperar, creio, que o contrato privado, como instrumento de troca, diminua em importância. Por outro lado, com a crescente interdependência entre os membros da sociedade, podemos esperar ver a confiança (não negociada, ou parcialmente negociada) tornar-se cada vez mais importante como fundamento de responsabilidade. Também podemos assistir a uma expansão do princípio da autonomia privada (ou semiprivada) para campos fora do da troca. Temos uma indicação desse segundo desenvolvimento na crescente importância do contrato coletivo de trabalho. Isso também aparece no uso crescente, por empresas, de agências revogáveis de distribuidores e revendedores, e de ofertas permanentes, mecanismos que têm sua *raison d'être* em fornecer uma espécie de arcabouço ou constituição privada para futuras relações. Essas mudanças nas práticas comerciais inevitavelmente trarão consigo, com o tempo, modificações da doutrina da valoração. Por exemplo, a relação envolvida em agências de distribuidores e revendedores é uma que clama cada vez mais por algum tipo de regulação judicial para prevenir dificuldades

e opressões. Se a suposição de que essa relação é “contratual”, combinada com definições existentes de valoração, opera no sentido de excluir a intervenção judicial, então a doutrina jurídica deve ser modificada de modo a permitir trazer essa relação para o âmbito do controle do direito.

Já se propôs alguma vez que a doutrina da valoração fosse “abolida”. Tal passo seria, creio, imprudente e, em sentido amplo, até impossível. Os problemas que a doutrina da valoração procura resolver não podem ser abolidos. Não há dúvida de que alguns desses problemas não recebem solução adequada no complexo de doutrinas jurídicas atualmente agrupadas sob o rótulo de “valoração”. É igualmente claro que um ataque original a esses problemas chegaria a conclusões substancialmente equivalentes às que resultam da doutrina da valoração tal como hoje formulada. O que precisa ser abolido não é a doutrina da valoração, mas uma concepção de método jurídico que pressuponha que a doutrina pode ser compreendida e aplicada sem referência aos fins que serve. Quando voltarmos a definir a valoração em termos de suas políticas subjacentes, o problema de adaptá-la a novas condições em grande parte se resolverá por si só.

LON L. FULLER

FACULDADE DE DIREITO DE HARVARD

Referências

CHAPPEL & Co. Ltd. v. NESTLE Co. Ltd., 1959. *House of Lords*.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. [S.l.]: Yale University Press, 1964.

FULLER, Lon L. *Valoração e Forma (Consideration and Form)*. *Columbia Law Review*, v. 41, p. 799, 1941.

KENNEDY, David; FISHER III, William W. *The Canon of American Legal Thought*. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2006. Tradução livre.

RUNDLE, Kristen. *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*. London: Hart Publishing, 2013.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2020.

WITTEVEEN, Willem J.; VAN DER BURG, Wibren (orgs.). *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999.

Fluxo Editorial/Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 19.12.2025

Aprovada em 27.02.2026

Publicada em 28.02.2026

Contributor Role Taxonomy (CRediT)

O texto inicial e a tradução do artigo são de autoria compartilhada em todas as etapas por ambos os autores.

Equipe editorial

Diretor e Editor-Chefe

Desembargador Federal Hercules Fajoses   Universidade de Salamanca, Espanha/Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Editor Adjunto

Prof. Dr. Néviton de Oliveira Batista Guedes  Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Editor Associado Nacional

Prof. Dr. Rafael Santos Oliveira   Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria/Rio Grande do Sul, Brasil.

Editor Associado Internacional

Prof. Dr. Federico Losurdo, L'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino/Itália.

Editores de Seção

B.ela Camila Cássia Faria Minghetti   Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Consultor Acadêmico-Editorial

Prof. Dr. Miguel Ivân Mendonça Carneiro   Universidade de Brasília/Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Conselho Científico

Prof. Dr. Antonio Sérgio Escrivão Filho   Universidade de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Prof. Dr. Phillipe Cupertino Salloum e Silva   Universidade Federal de Jataí, Jataí/Goiás, Brasil.

Conselho Editorial Nacional

Prof. Dr. Alcian Pereira de Souza   Universidade do Estado do Amazonas, Manaus/Amazonas, Brasil.

Prof. Dr. Antonio Sérgio Escrivão Filho   Universidade de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Profa. Dra. Daniella Maria dos Santos Dias   Universidade Federal do Pará, Belém/Pará, Brasil. Ministério Público do Estado do Pará, Belém/Pará, Brasil.

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti  Universidade Federal de Pernambuco, Recife/Pernambuco, Brasil.

Prof. Dr. José Renato Nalini   Universidade Nove de Julho, São Paulo/São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. José Rubens Morato Filho  Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/Santa Catarina, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Fux  Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil. Supremo Tribunal Federal, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella   Centro Universitário de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Prof. Dr. Phillipe Cupertino Salloum e Silva   Universidade Federal de Jataí, Jataí/Goiás, Brasil.

Conselho Editorial Internacional

Prof. Dr. Jesus António Tomé  [ORCID](#) Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola.

Profa. Dr. Cecília MacDowell Santos Universidade de São Francisco, Estados Unidos da América do Norte.

Membros natos por ordem de antiguidade

Desembargador Federal [João Batista Moreira](#)

Desembargadora Federal [Gilda Sigmaringa Seixas](#)

Desembargador Federal [Ney Bello](#)

Desembargador Federal [Carlos Eduardo Moreira Alves](#)

Desembargador Federal [I'talo Mendes](#)

Desembargador Federal [José Amilcar Machado](#)

Desembargadora Federal [Maria do Carmo Cardoso](#)

Desembargador Federal [Néviton Guedes](#)

Desembargador Federal [Novély Vilanova](#)

Desembargador Federal [Marcos Augusto de Sousa](#)

Desembargador Federal [João Luiz de Sousa](#)

Desembargador Federal [Jamil de Jesus Oliveira](#)

Desembargador Federal [Hercules Fajoses](#)

Desembargadora Federal [Daniele Maranhão](#)

Desembargador Federal [Wilson Alves de Souza](#)

Desembargador Federal [César Jatahy](#)

Desembargador Federal [Rafael Paulo](#)

Desembargadora Federal [Maura Moraes Moraes](#)

Desembargador Federal [Gustavo Soares Amorim](#)

Desembargador Federal [Morais da Rocha](#)

Desembargador Federal [Pedro Braga Filho](#)

Desembargador Federal [Marcelo Albernaz](#)

Desembargadora Federal [Solange Salgado da Silva](#)

Desembargador Federal [Leão Alves](#)

Desembargador Federal [Marcus Bastos](#)

Desembargadora Federal [Kátia Balbino](#)

Desembargador Federal [Rui Gonçalves](#)

Desembargador Federal [Roberto Carvalho Veloso](#)

Desembargador Federal [Hurbano Leal Berquó Neto](#)

Desembargador Federal [Antônio Scarpa](#)

Desembargador Federal [Newton Ramos](#)

Desembargador Federal [Euler de Almeida](#)
Desembargadora Federal [Candice Lavocat Galvão Jobim](#)
Desembargadora Federal [Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann](#)
Desembargadora Federal [Ana Carolina Alves Araújo Roman](#)
Desembargador Federal [João Carlos Mayer](#)
Desembargador Federal [Alexandre Vasconcelos](#)
Desembargador Federal Pablo Zuniga Dourado
Desembargador Federal [Alexandre Laranjeira](#)
Desembargador Federal [Flávio Jardim](#)
Desembargador Federal [Eduardo Martins](#)
Desembargadora Federal [Rosimayre Gonçalves de Carvalho](#)

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Presidente do Tribunal: Desembargador Federal João Batista Moreira

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Diretor e Editor-Chefe: Prof. Me. Desembargador Federal Hercules Fajoses

Edifício Sede I, Quadra 2, Bloco A, Praça dos Tribunais Superiores

CEP: 70070-900 Brasília/Distrito Federal, Brasil

E-mail: revista@trf1.jus.br

e-ISSN 2596-2493

@rev

A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região é licenciada sob uma Creative Commons CC BY-NC-ND (CC BY-NC-ND 4.0 Texto Legal | Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional | Creative Commons) de fluxo contínuo e Open Access. Está presente e preservada nos seguintes indexadores/diretórios:

