

O INTERESSE NEGATIVO NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

THE RELIANCE INTEREST IN CONTRACT DAMAGES

Lon Luvois Fuller

Professor de Direito, Duke University.

William R. Perdue Jr.

Estudante de Direito do Terceiro Ano, Duke University.

Pedro Machado Bezerra (Tradutor)

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduando em Direito Público e Privado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Bacharel pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Advogado. *E-mail:* pedromacbez@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-3605-6424>.

Michel Glatt (Tradutor)

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. *E-mail:* michel.glatt5@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-8539-9566>.

Sumário: Os objetivos esperados na atribuição de indenizações contratuais – Por que o direito deveria proteger o interesse positivo? – A divergência de medida e motivo e o problema de motivos mistos – A relação entre o interesse negativo e os outros interesses contratuais – O interesse contratual positivo deve estabelecer o limite da reparação? – O problema da duplicação de itens danificados – O interesse negativo e *Hadley v. Baxendale* – O interesse negativo na reformulação de contratos –

A premissa de que as normas jurídicas somente podem ser compreendidas em relação aos fins a que se prestam dificilmente seria considerada como uma novidade candente hoje em dia. A noção de que o direito existe como um meio para atingir um determinado fim tem sido lugar-comum há pelo menos meio século. Não há, contudo, qualquer base para supor que essa premissa goza de uma aplicação generalizada na prática, já que ela somente agora alcançou um *status* de respeitabilidade, ou mesmo trivialidade. Certamente, ainda hoje

existem poucos tratados jurídicos nos quais se pode dizer que o autor definiu claramente, ao longo do tempo, os objetivos para os quais as suas definições e distinções servem. Ainda estamos todos excessivamente dispostos a abraçar a ideia de que é possível manipular conceitos legais sem a orientação que vem de uma simples pergunta: para que fim esta atividade é dirigida? A observação de Nietzsche de que a estupidez mais comum consiste em esquecer o que se está tentando fazer tem uma desconfortável relevância para a ciência jurídica.

Em nenhum campo isto é mais verdadeiro do que na responsabilidade civil contratual. Na análise das indenizações o direito tende a ser concebido não como uma ordenação lógica de assuntos humanos, mas como uma espécie de mensuração jurídica. A linguagem das decisões é em termos não de controle, mas de descoberta. Nós *medimos* a *extensão* do dano; *determinamos* se foi *causado* pelo ato do requerido; *verificamos* se a vítima incluiu o mesmo dano duas vezes em seu pleito. Alguém que não esteja familiarizado com as premissas não declaradas deste tipo de linguagem oculta pode ser quase levado a supor que Rochester produz algum instrumento engenhoso pelo qual estes cálculos são realizados.

É, de fato, claro que as coisas que a responsabilidade civil contratual pretende “medir” e “determinar” – por exemplo as “lesões”, “eventos danosos”, “ligações causais” etc. – são, em grande parte, criações dele próprio, e que o processo de “medir” e “determinar” essas situações é, na realidade, parte do processo de sua própria criação. Isto é mais óbvio quando os tribunais trabalham na periferia da doutrina existente, mas não é menos verdadeiro em relação aos fundamentos e princípios estabelecidos. Por exemplo, é comum encontrar a regra “geral” da responsabilidade civil contratual (que atribui ao credor o interesse positivo, “o lucro perdido”) tratada como mero corolário de um princípio mais fundamental, qual seja, a finalidade da concessão de indenizações é garantir a “compensação” dos danos.¹ Ainda que, nesse caso, se “compense” a vítima dando-lhe algo que ela nunca havia possuído. Isto parece uma espécie estranha de “compensação”. Podemos, com certeza, fazer com que o termo “compensação” pareça apropriado, dizendo que o inadimplemento do requerido “privou” o requerente da sua legítima expectativa. Mas isto é, em essência, apenas uma afirmação metafórica do efeito da norma legal. Na realidade, a perda que a vítima sofre (privação da expectativa) não é um dado da natureza, mas o reflexo de uma ordem normativa. Aparece como uma “perda” apenas pela referência a um dever não cumprido. Consequentemente, quando a lei mede a indenização pelo valor do desempenho prometido, não se

¹ “Ao fixar o valor das indenizações, o propósito geral da lei é, e deve ser, a compensação: isto é, colocar o requerente em uma posição tão boa quanto a que ele estaria caso o arguido tivesse cumprido o contrato” (3 WILLISTON, *Contracts*, 1920, §1338).

está apenas medindo um *quantum*, mas procurando um fim, por mais vago que este fim possa ser.

É por esta razão que é impossível separar a responsabilidade contratual do conjunto maior de motivações e políticas que constitui o direito geral dos contratos. É, infelizmente, pela simplicidade deste tema, impossível supor que o elemento teleológico e direcional do direito dos contratos foi exaurido nas regras que definem o inadimplemento contratual. Se isto fosse possível, a responsabilidade contratual seria de fato simples, e teríamos apenas uma medida de reparação para todos os contratos. É claro que este não é o caso. Que considerações influenciam o estabelecimento de diferentes medidas de reparação para diferentes tipos de contratos? Que fatores explicam as numerosas exceções à regra geral, que mede os danos pelo valor da expectativa do adimplemento? É evidente que estas questões não podem ser respondidas sem que se pergunte sobre os motivos que subjazem (ou podem subjazer) à execução dos contratos em geral.

Em nossa própria discussão, tentaremos primeiro realizar uma análise dos objetivos que podem ser buscados na atribuição de indenizações contratuais ou na “execução” de contratos em geral; em seguida, tentaremos averiguar em que medida, e em quais circunstâncias, estes propósitos encontraram expressão nas decisões e discussões doutrinárias. Como o título sugere, a ênfase principal será naquilo a que chamamos de “interesse negativo”, como uma possível medida de reparação em ações judiciais relacionadas ao descumprimento de contratos.

Os objetivos esperados na atribuição de indenizações contratuais

Convém distinguir três objetivos principais que podem ser perseguidos na atribuição das indenizações na responsabilidade civil contratual. Esses objetivos, e as situações em que se tornam apropriados, podem ser brevemente indicados como se segue.

Primeiro, há a situação do requerente que, tendo confiado na promessa do requerido, conferiu à sua contraparte algum valor. O requerido não cumpre a sua promessa. A corte pode forçar este a restituir o que recebeu da vítima. O objeto aqui pode ser denominado como prevenção do ganho por parte do contratante inadimplente às custas da vítima do inadimplemento; em síntese, a prevenção do enriquecimento sem causa. O interesse protegido pode ser chamado de *interesse restitutivo*. Para os nossos objetivos, é pouco relevante como esse processo deve ser classificado, seja como contratual ou quase contratual, seja como um processo para executar o contrato ou como um processo baseado na rescisão do

contrato. Essas questões relacionam-se com a superestrutura do direito, não com as políticas básicas com as quais nos preocupamos.

Segundo, há a situação do requerente que, em razão do contrato celebrado com a garantia do requerido, mudou a sua posição. Por exemplo, o comprador, sob um contrato de compra e venda de terrenos, contraiu despesas na investigação do título do vendedor, ou abriu mão da oportunidade de celebrar outros contratos. Podemos atribuir indenização ao requerente com o objetivo de desfazer os danos que a sua confiança no cumprimento do contrato pelo requerido lhe causou. O nosso objetivo é colocá-lo em posição tão boa quanto aquela em que estava antes de o contrato ter sido celebrado. O interesse protegido neste caso pode ser chamado de *interesse negativo*.²

Terceiro, sem insistir na confiança do credor ou no enriquecimento do devedor, podemos procurar dar àquele o valor da expectativa que o contrato criou. Podemos, num processo de execução específica, forçar o devedor a cumprir o que foi prometido à vítima, ou, numa ação indenizatória, podemos fazer o requerido pagar o valor monetário da conduta prometida. Aqui o nosso objetivo é colocar o requerente numa posição tão boa quanto a que ela teria ocupado se o devedor tivesse cumprido o contrato. Podemos chamar o interesse protegido neste caso de *interesse positivo*.³

Será observado que aquilo a que chamamos de *interesse restitutivo* une dois elementos: (1) a confiança do credor, (2) um ganho resultante para o devedor. Pode ser necessário, para alguns fins, separar estes elementos. Em alguns casos, um inadimplemento pode gerar um ganho injusto que não adveio de prejuízos ao credor (terceiro oferecera a contraprestação),⁴ ou que não foi o resultado de uma violação da confiança do credor (o devedor violou uma promessa de não se apropriar dos bens do credor). Mesmo nos casos em que o ganho do devedor resulte da confiança do credor, pode acontecer que a indenização seja avaliada de forma um pouco diferente, a depender se tomamos o ganho do ofensor ou a perda do ofendido como padrão de medição.⁵ No entanto, de um modo geral, nos

² NT. Os autores originalmente intitulam esse interesse de "*reliance interest*".

³ NT. Os autores se referem originalmente ao conceito como "*expectation interest*".

⁴ NT: "*a third party furnished the consideration*".

⁵ Neste sentido, em *Johnston v. Star Bucket Pump Co.*, 274 Mo. 414. 202 S. W. 1143 (1918), um empreiteiro de construção civil foi autorizado a recuperar em mérito quântico, para execução parcial, uma soma consideravelmente maior do que a sua perda de dinheiro. A discrepância entre o valor razoável da sua contrapartida contratual e o seu custo real para ele surgiu a partir do fato de ter feito contratos muito favoráveis com subempreiteiros. Neste caso, o interesse de restituição (se quisermos dizer com isso, levando o réu a discordar) é mais amplo do que o interesse negativo. Deve-se salientar, no entanto, que num processo de "indenização" pedir reembolso por interesse negativo mais o lucro perdido (Restatement, Contracts (1932) §333), a poupança nos subcontratos, que no caso *Johnston* se refletiu no aumento do "valor razoável" por parte da vítima, ter-se-ia refletido no lucro perdido. NT. No caso *Cincinnati Siemens*

casos em que vamos discutir, os lucros do devedor serão acompanhados por um correspondente e, para fins de quantificação jurídica, idêntico prejuízo do credor, de modo que para os nossos objetivos, a classificação mais viável é aquela que pressupõe no interesse restitutivo uma correlação entre o ganho do devedor e a perda do credor. Se, como supomos, o ganho envolvido no interesse restitutivo resulta de e é idêntico à perda da vítima através da confiança, então o interesse restitutivo é apenas um caso especial de interesse negativo; todos os casos abrangidos pelo interesse restitutivo serão cobertos pelo interesse negativo, e o interesse negativo será mais amplo do que o interesse restitutivo apenas na medida em que inclua casos em que a vítima confiou na promessa do devedor sem enriquecê-lo.

Não se deve supor que a distinção aqui feita entre os interesses negativo e positivo se confunde com os danos emergentes (*damnum emergens*) e com lucros cessantes (*lucrum cessans*).⁶ Em primeiro lugar, embora o interesse negativo resulte normalmente em “perdas” de natureza afirmativa (despesas de trabalho e dinheiro), é também verdade que as oportunidades de ganho podem ser perdas por confiar em um contrato. Por conseguinte, o interesse negativo deve ser interpretado como, ao menos potencialmente, cobrindo tanto lucros cessantes como danos emergentes. (Se os lucros cessantes em virtude do interesse negativo em um contrato são devidamente compensáveis por indenização é uma questão aqui não abordada. Obviamente, são sugeridos certos escrúpulos relativos à “causalidade” e “previsibilidade”. É suficiente para o nosso objetivo atual notar que não há nada na definição do próprio interesse negativo que exclua considerações sobre questões desse tipo).⁷ Por outro lado, não é possível tornar o interesse positivo inteiramente sinônimo de “lucros cessantes”. A quebra de um interesse positivo implica muitas vezes perdas de caráter positivo.⁸

Lungren Gas Illuminating Co. v. Western Siemens Lundgren Co., 152 U. S. 200 (1893), a indenização por violação de um contrato de não concorrência foi restringida ao lucro auferido pela parte culpada da violação. Assumiu-se, no entanto, que a perda do credor era pelo menos igual ao ganho do inadimplente, e a limitação da recuperação ao lucro do inadimplente foi imposta, em parte, com base no fato de não existir uma base factual para determinar o negócio perdido para o contratante. Em 6 Demogue, *Traité des obligations* (1931) §287, a opinião expressa é que o ganho do descumpridor é aceitável como medida de indenização apenas como uma espécie de substituto para a regra mais habitual, medir a indenização pelo ganho potencial do credor.

⁶ Restatement, *Contracts* (1932) §329.

⁷ O Código Civil alemão limita a isenção contratual em certas situações ao interesse “negativo” (ou seja, confiança). Presume-se que o “interesse negativo” cobre os ganhos evitados (*entgangener Gewinn*) bem como as perdas positivas. Ver a anotação a §122 em Busch, *Das Bürgerliche Gesetzbuch* (1929). Mas, aparentemente, a perda do ganho particular devido às circunstâncias foi previsível como uma consequência provável do contrato. Ver §252 e a sua anotação.

⁸ Por exemplo, em *Eastern Advertising Co. v. Shapiro*, 263 Mass. 228, 161 N. E. 240 (1928), o fato de o réu não ter ocupado espaço publicitário em certos painéis tornou necessário que a vítima gastasse dinheiro na colocação de “preenchimentos” nos painéis.

É óbvio que os três “interesses” que distinguimos não colocam pretensões iguais à intervenção judicial. Pode-se presumir que os padrões normais de justiça levariam a considerar a necessidade de intervenção judicial como decrescente na ordem em que enumeramos os três interesses. O “interesse de restituição”, envolvendo uma combinação de empobrecimento injusto com ganho injusto, apresenta os argumentos mais fortes a favor da reparação. Se, seguindo Aristóteles, consideramos o objetivo da justiça como a manutenção de um equilíbrio de bens entre os membros da sociedade, o interesse restitutivo apresenta o dobro do direito à intervenção judicial em relação ao interesse negativo, uma vez que se A não só faz com que B perca uma unidade, mas apropria-se dessa unidade para si próprio, a discrepância resultante entre A e B não é uma unidade, mas duas.⁹

Por outro lado, o credor que confiou realmente no contrato, embora possa não ter assim enriquecido o devedor, certamente apresenta um caso mais premente de reparação do que o contratante que apenas exige satisfação pelo seu desapontamento em não conseguir o que lhe foi prometido. Ao passar da compensação por mudança de posição para a compensação por perda de expectativa, para utilizar os termos de Aristóteles mais uma vez, passamos do domínio da justiça corretiva para o da justiça distributiva. O direito já não procura apenas curar um *status quo* perturbado, mas criar uma nova situação. Deixa de agir de forma defensiva ou “restaurativamente”, e assume um papel mais ativo.¹⁰ Com a transição, a justificação para a reparação jurídica deixa de ser autoevidente. De fato, não é nada fácil explicar por que razão a regra normal da responsabilidade civil contratual deve ser aquela que mede os danos pelo valor do desempenho prometido. Já que essa “regra normal” incide por toda a matéria aqui tratada, será necessário examinar as possíveis razões da sua existência. Pode-se dizer, a título de observação, que a discussão que se segue, embora direcionada principalmente para a quantificação normal da reparação, em que indenizações são pedidas, também tem relevância para a questão mais geral: porque uma promessa em que nunca

⁹ Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, 1132a-1132i.

¹⁰ “Sem dúvida, quando, depois de ter um objeto entregue, ou de ter beneficiado de um serviço, eu me recuso a fornecer um equivalente adequado, retiro de outro o que lhe pertence, e nós podemos dizer que a sociedade, ao obrigar-me a cumprir a minha promessa, só está a prevenir um ferimento, uma agressão indireta. Mas se eu simplesmente prometi um serviço sem ter previamente recebido remuneração, não sou menos retido para manter o meu noivado. [Isto é verdade no direito anglo-americano no caso do contrato bilateral]. Neste caso, porém, não enriqueço eu próprio à custa de outro; só me recuso a ser-lhe útil”. Durkheim, *On the Division of Labor in Society* (trad. 1933 de Simpson) 217. Onde o arguido ainda não recebeu alguma remuneração, a execução do contrato é vista por Durkheim como tendo “uma natureza eminentemente positiva, uma vez que tem para o seu propósito a determinação da forma como devemos cooperar”. Id. a 216. “[O princípio de que a promessa ou consentimento cria obrigação é estranho à ideia de justiça... É evidente que se alguém prometer a um amigo dar-lhe algo e não o faz, não comete uma injustiça, - pelo menos, compreende, se não erra este amigo indiretamente”. Tourtoulon, *Philosophy in the Development of Law* (trad. de Read de 1922) 499-500.

se confiou deve ser cumprida, quer pela determinação do cumprimento específico, quer por atribuição de uma indenização?

Também deve ser dito que a nossa discussão a respeito das “razões” não pretende coincidir em todos os pormenores com o funcionamento real da atividade judicial, muito menos com o entendimento de qualquer juiz em particular. Infelizmente, é muito difícil discutir as possíveis razões para as regras do direito sem passar involuntariamente a impressão de que estas “razões” são aquilo que controla as operações diárias do processo judicial. Isto teve a consequência, numa época em que os homens têm pavor de ser rotulados de “irrealistas”, de quase desistirmos de falar de razões. Aqueles que acham impalatável o sabor racionalista do que se segue são convidados a ver o que leem não como direito positivo, mas como um excuro em filosofia do direito, e para darem qualquer desconto que essa distinção possa parecer-lhes ditar.

Por que o direito deveria proteger o interesse positivo?

Talvez a resposta mais óbvia a esta pergunta seja uma resposta que podemos chamar de “psicológica”. Esta resposta seria algo assim: a quebra de uma promessa suscita no contratante uma sensação de lesão. Esse sentimento não se limita aos casos em que o contratante tenha confiado na promessa. Mudando efetivamente ou não sua situação por causa do contrato, o contratante formou uma atitude de expectativa tal que uma violação da promessa o leva a se sentir “privado” de algo que era “seu”. Uma vez que este sentimento é relativamente uniforme, o direito não tem como desfazê-lo. Aceita-o como um dado (*datum*) e constrói a sua regra sobre ele.¹¹

A dificuldade com esta explicação é que o direito, de fato, traz à tona o sentimento de lesão que a quebra de uma promessa gera. Nenhum ordenamento jurídico tenta impor sanções ao descumprimento de toda e qualquer promessa. Algumas regras ou conjuntos de regras produzem uma filtragem para a execução das promessas consideradas suficientemente importantes para a sociedade para justificar uma preocupação do direito com elas. Sejam quais forem os princípios que controlam este processo de filtragem, eles não se traduzem em termos de grau de ressentimento que a quebra de um determinado tipo de promessa despertada. Portanto, embora se possa pressupor que o impulso de aplacar a desilusão é

¹¹ Esta é essencialmente a opinião de Schlossman, embora alguns discernem na sua discussão uma mistura de elementos do que é chamado mais tarde no texto a explicação “econômica” ou “institucional”. SCHLOSSMANN, DER VERTRAG (1876) §36.

partilhado por aqueles que fazem e influenciam o direito, este impulso dificilmente pode ser considerado como a chave que resolve o conjunto de problemas da proteção jurídica ao interesse positivo.

Uma segunda explicação possível para a regra que protege a expectativa pode ser encontrada na muito discutida “teoria da vontade” do direito dos contratos. Esta teoria vê as partes contratantes como exercendo, por assim dizer, um poder legislativo, de modo que a execução legal de um contrato se torna meramente uma implementação pelo Estado de uma espécie de lei privada já estabelecida pelas partes. Se A tiver feito, de forma apropriada, uma promessa de pagar a B mil dólares, obrigamos A a pagar esta soma simplesmente porque a regra ou lei (*lex*) criada pelas partes exige este pagamento. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*^{12 13}

Não é necessário discutir aqui a contribuição que a “teoria da vontade” é capaz de fazer para a filosofia de direito contratual. Certamente é possível discernir, na maioria das tentativas de racionalizar as bases da responsabilidade contratual, alguns empréstimos da teoria da vontade. Basta notar aqui que, embora a teoria da vontade tenha, sem dúvida, alguma relação com o problema da responsabilidade contratual, não pode ser considerada como determinando em todos os casos a reparação da expectativa. Se um contrato representa uma espécie de lei privada, é uma lei que normalmente não diz nada sobre o que deve ser feito quando ela é violada. Um contrato é, a este respeito, como um estatuto imperfeito que não prevê sanções, e que deixa ao critério dos tribunais encontrar uma forma de realizar os seus objetivos. Não haveria, portanto, nenhuma contradição necessária entre a teoria da vontade e uma regra que limita a indenização ao interesse negativo. Por esta regra, a sanção para a violação da norma estabelecida pelo contrato consistiria simplesmente em ser obrigado a compensar a outra parte pelos danos perpetrados. É claro que pode haver casos em que as partes tenham previsto de maneira tão clara a concessão de certa forma de reparação judicial que podemos dizer, sem exagerar, que implicitamente eles “quiseram” que essa reparação fosse concedida. Esta atitude encontra uma aplicação natural nas promessas de pagamento de uma quantia definida de dinheiro. Mas certamente quanto à maioria dos tipos de contratos é inútil esperar da teoria da vontade uma solução pronta para o problema da indenização.

Uma terceira e mais promissora solução para a nossa dificuldade reside numa abordagem econômica ou institucional. A essência de uma economia de crédito reside no fato de que ela tende a eliminar a distinção entre os bens presentes

¹² “Uma transação legal é o exercício do poder criativo que a vontade privada possui em assuntos jurídicos. O indivíduo comanda, e a lei adota o seu comando”. WINDSCHEID, LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS (9ª ed. 1906) §68, n. 1a.

¹³ NT: “Diga algo, e esteja certo de que o que você diz esteja certo”.

e futuros (prometidos). As expectativas de valores futuros tornam-se, para efeitos de comércio, valores presentes. Numa sociedade em que o crédito tem se tornado uma instituição significativa e onipresente, é inevitável que a expectativa criada por uma promessa executável deve ser considerada como um tipo de propriedade, e a quebra da promessa como uma violação a essa propriedade. Numa sociedade deste tipo, a quebra de uma promessa funciona como uma diminuição “real” do patrimônio do contratante – “real” no sentido de que seria avaliada de acordo com modos de pensamento que estão na própria essência do nosso sistema econômico. O fato de o contratante não ter “usado” a propriedade que a promessa representa (não tinha confiado na promessa) é tão irrelevante quanto a questão de saber se a vítima em *trespasse quare clausum fregit*¹⁴ estava utilizando a sua propriedade quando ela foi invadida. A analogia com as formas ordinárias de propriedade vai mais longe, pois mesmo em um processo por esbulho a reparação é realmente pela violação de uma expectativa, uma expectativa de possíveis utilizações futuras. Onde a expectativa da propriedade é limitada (como quando a vítima tem apenas uma propriedade durante anos) a reparação é reduzida em conformidade.¹⁵ A propriedade ordinária difere do direito de crédito principalmente no fato de estar ao alcance de mais pessoas causar diretamente uma violação à expectativa que representam. É geralmente apenas o contratante ou alguém que trabalhe em nome ou por conta dele que será capaz de ferir a expectativa contratual de uma forma suficientemente direta para tornar adequada a intervenção jurídica.

A objeção mais óbvia que pode ser feita à explicação econômica ou institucional é que ela envolve uma *petitio principii*.¹⁶ Uma promessa tem valor atual, porquê? Porque o direito a executa. “A expectativa”, considerada como um valor atual, não é a causa de uma intervenção jurídica, mas a sua consequência.

Esta objeção pode ser reforçada por uma referência à história do direito. As promessas foram executadas muito antes de haver qualquer coisa correspondente a um sistema geral de “crédito”, e a reparação foi, desde o início, medida pelo

¹⁴ NT: “ordem de cunho judicial por invasão de terras”.

¹⁵ Commons observa que a visão de MacLeod de uma dívida como um bem econômico era “tão estranha para os economistas que eles não conseguiam compreender A sua estranheza para os economistas clássicos consiste no fato de conter o *futurismo* como uma das suas dimensões, bem como o valor de uso e o valor de escassez das escolas mais antigas. No entanto, o futuro é a essência do lado da propriedade de uma mercadoria, que tinham tomado como certa”. Institutional Economics (1934) 394. “Estamos habituados a conceber a violação de uma promessa sob uma do ponto de vista do que aplicamos aos danos materiais, e a noção de que a execução de uma promessa pode ser equivalente a uma indenização por um dano material estrangeiro para nós. Que esta forma de ver a coisa separa arbitrariamente as coisas que estão entrelaçadas, pode ser demonstrado através de uma análise da noção de danos materiais”. SCHLOSSMANN, DER VERTRAG (1876) §37. Schlossman continua a mostrar que os danos à “propriedade” são realmente danosos a uma expectativa. O desempenho específico é, para Schlossman, tal como muita reparação por um erro como uma providência cautelar obrigatória que ordena a reconstrução de um delito propriedade que ele destruiu. Id. em §39.

¹⁶ NT: “petição de princípio”.

valor da conduta prometida, do “preço acordado”. Por conseguinte, pode argumentar-se que o “sistema de crédito”, quando finalmente emergiu, foi ele próprio construído em grande parte sobre os alicerces de um desenvolvimento jurídico que o precedeu.

O ponto de vista sugerido assevera a primazia do direito sobre a economia; vê o direito não como a criatura, mas como o criador de instituições sociais. A mudança de ênfase assim implícita sugere a possibilidade de uma quarta explicação para a proteção da expectativa no direito, que podemos chamar de doutrinária.¹⁷ Esta explicação buscaria uma justificativa para a regra geral da reparação em alguma política perseguida conscientemente pelos tribunais e outros legisladores. Partiria do princípio de que os tribunais tinham protegido o interesse positivo porque consideraram sensato fazê-lo, não através de uma aquiescência cega às formas habituais de pensar e sentir, ou através de uma deferência igualmente cega à vontade individual. Abordando o problema deste ponto de vista, somos forçados a encontrar não uma mera explicação para a regra sob a forma de algum dado (*datum*) sentimental, volitivo ou institucional, mas razões articuladas para a sua existência.

Quais razões podem progredir? Em primeiro lugar, mesmo que o nosso interesse se limite a proteger os contratos contra uma perda de dinheiro, ainda seria possível justificar a regra que protege o interesse positivo, tanto atuando como cura, como atuando como profilaxia para as perdas deste tipo.

É uma cura para essas perdas no sentido de que oferece a medida de reparação mais suscetível de reembolsar a vítima pelos atos e tolerâncias individuais (muitas vezes muito numerosas e muito difíceis de provar) que constituem a sua total confiança no contrato. Levando em conta os lucros cessantes no interesse negativo, ou seja, as perdas envolvidas em renunciar à oportunidade de celebrar outros contratos, a noção de que a regra que protege a expectativa é adotada como o meio mais eficaz de compensação de confiança prejudicial¹⁸ não parece de todo exagerada. Médicos com uma prática extensiva frequentemente cobram seus pacientes a taxa total de consulta por cancelamentos. Essa cobrança parece ser uma pretensão à taxa prometida; parece basear-se no “interesse positivo”. No entanto, o médico que faz a cobrança irá justificadamente considerá-la como uma compensação pela perda da oportunidade de ganhar a taxa de um paciente diferente. Essa renúncia de outras oportunidades está envolvida, em certa medida, na celebração da maioria dos contratos, e a impossibilidade de sujeitar este tipo de confiança a qualquer tipo de medição pode justificar uma regra categórica que concede o valor da expectativa como a forma mais eficaz de compensar tais perdas.

¹⁷ NT. “*juristic*”.

¹⁸ NT. “*detrimental reliance*”.

A regra de que a vítima deve tomar medidas após o incumprimento do ofensor para mitigar os danos¹⁹ tende a corroborar a suspeita de que existe, escondida por trás da proteção da expectativa, uma preocupação de compensar a vítima pela perda da oportunidade de celebrar outros contratos. Quando, após a violação do ofensor, permanece aberta à vítima a oportunidade de vender os seus serviços ou bens em outro lugar, ou de preencher as suas necessidades de outra fonte, ela é obrigada a abraçar essa oportunidade. Vista dessa forma, a regra dos “danos evitáveis” é uma qualificação da proteção da expectativa, uma vez que isso significa que a vítima, nesses casos, só é protegida na medida em que, tendo confiança sobre o contrato, renunciou a outras oportunidades igualmente vantajosas para atingir o mesmo fim.

Mas, como sugerimos, a regra que quantifica a indenização pela expectativa também pode ser considerada como uma profilaxia contra as perdas resultantes de uma confiança prejudicial. O que quer que tenda a desencorajar a violação do contrato tende a evitar as perdas ocasionadas pela dependência. Já que o interesse positivo fornece uma medida mais facilmente administrável da reparação do que o interesse negativo, na prática ele oferecerá uma sanção mais eficiente contra a violação do contrato.²⁰ É, portanto, possível ver a regra que quantifica a indenização pela expectativa num aspecto quase-criminal, sendo o seu objetivo não tanto compensar a vítima, mas penalizar a violação da promessa pelo contratante inadimplente. A regra que faz cumprir a promessa não cumprida encontra a mesma justificativa, sob essa teoria, que uma norma que multa alguém por ultrapassar um sinal vermelho quando nenhum outro veículo está à vista.

Ao buscar uma justificativa para a regra que concede o valor da expectativa, não há, contudo, necessidade de nos restringirmos pela suposição, feita até agora, de que a regra só pode ser destinada a remediar ou prevenir as perdas causadas pela confiança. Uma justificativa pode ser desenvolvida a partir de um ponto de vista menos negativo. Pode dizer-se que não existe apenas uma política a favor da prevenção e do desfazimento dos danos resultantes da confiança, mas também uma política a favor de promover e facilitar a confiança nos acordos comerciais. Tal como no caso da multa do sinal vermelho, estamos interessados não só em evitar colisões, mas também em acelerar o tráfego. Acordos podem realizar pouco, tanto para os seus fabricantes como para a sociedade, a menos que sejam feitos como a base para a execução. Quando os acordos comerciais não são apenas feitos, mas também são executados, a divisão do trabalho é facilitada,

¹⁹ RESTATEMENT, CONTRACTS (1932) §336; MCCORMICK, DAMAGES (1935) §§33-42.

²⁰ Tem sido sugerido como justificativa parcial para a regra de medição de danos em violação da expectativa de que oferece um dissuasor mais eficaz à fraude do que a regra limitando a recuperação à perda de dinheiro. MCCORMICK, DAMAGES (1935) 453.

bens são encaminhados aos lugares onde são mais necessários, e as atividades econômicas são estimuladas de modo geral.

Estas vantagens seriam ameaçadas por qualquer regra que limitasse a proteção legal ao interesse negativo. Tal regra tenderia, na prática, a desencorajar a confiança. As dificuldades em comprovar a confiança e sujeitá-la a quantificações pecuniárias são tais que o homem de negócios sabendo, ou sentindo que estes obstáculos se encontravam no caminho da reparação judicial, hesitaria em confiar numa promessa em qualquer caso em que a sanção jurídica seria significativa para ele. Para encorajar a confiança devemos, portanto, prescindir da sua prova. Por este motivo, tem sido considerado sensato promover a reparação de uma promessa violada independentemente de confiança, tanto no sentido de que, em alguns casos, a promessa é executada, embora nela não se tenha confiado (como no acordo comercial bilateral), como no sentido de que a reparação não se limita ao prejuízo incorrido no descumprimento.

A explicação jurídica na sua forma final tem, então, duas faces. A proteção concedida à expectativa baseia-se sobre: (1) a necessidade de remediar e prevenir os danos ocasionados pelo inadimplemento, e (2) pela necessidade de facilitar a confiança em acordos comerciais. A partir desta enunciação de uma possível explicação jurídica, é evidente que não há incompatibilidade entre ela e a explicação econômica ou institucional. Elas veem o mesmo fenômeno a partir de dois aspectos diferentes. A essência de ambas está na palavra “crédito”. A explicação econômica vê o crédito pelo seu lado institucional; a explicação jurídica o vê pelo seu lado racional. A visão econômica enxerga o crédito como um modo de vida socialmente aceito; a visão jurídica convida-nos a explorar as expectativas²¹ de utilidade que subjazem a esse modo de vida, e o papel que o direcionamento humano consciente tem desempenhado na sua concretização.

A maneira pela qual estes dois pontos de vista se complementam torna-se mais clara quando examinamos separadamente as implicações econômicas dos dois aspectos da explicação jurídica. Se basearmos a explicação jurídica para quantificar a indenização pela expectativa no fundamento de que este procedimento oferece os meios mais satisfatórios de compensação da vítima pela perda de outras oportunidades de contratação, é evidente que a força do argumento dependerá inteiramente do ambiente econômico existente. Seria muito contundente numa sociedade hipotética em que todos os valores estivessem disponíveis no mercado, e onde todos mercados fossem “perfeitos” no sentido econômico. Numa sociedade assim, não haveria diferença entre o interesse negativo e o interesse positivo. A perda da vítima ao renunciar à celebração de outro contrato seria

²¹ NT. “*considerations*”.

idêntica ao valor da expectativa do contrato celebrado. O argumento de que conceder o valor da expectativa apenas compensa por essa perda perde força na medida em que as condições reais partem de uma sociedade tão hipotética. Essas observações deixam claro por que o desenvolvimento de mercados abertos para mercadorias tende a trazer consigo a visão de que uma pretensão contratual é uma espécie de propriedade, uma concepção que, por toda a importância que lhe atribuíra, MacLeod parecia considerar como o produto de uma espécie de milagre jurídico. Aquele que ao entrar em um contrato passa pela oportunidade de realizar o mesmo objetivo noutro lugar não estará inclinado a ver com leveza a violação do contrato ou como uma mera questão de moralidade privada. A consciência do que se está renunciado reforça a noção de que o contrato cria um “direito” e que a pretensão contratual é em si mesma uma espécie de propriedade.

Se, por outro lado, encontramos a explicação jurídica sobre o desejo de promover a confiança nos contratos, novamente não é difícil traçar uma correspondência entre a visão jurídica e as condições reais da vida econômica. Em geral, os nossos tribunais e as nossas instituições econômicas atribuem significado especial para os mesmos tipos de contratos. O acordo comercial bilateral é, de modo geral, o único tipo de contrato informal que os nossos tribunais estão dispostos a executar sem provas de que havia confiança – apenas para facilitar confiança. Este, não por acaso, é precisamente o tipo de contrato (a “troca”, “barganha”, “comércio”, “negócio”) que fornece o quadro indispensável e onipresente para as partes “não gerenciadas” da nossa atividade econômica.²²

Justifica-se, portanto, a conclusão de que os fins do direito contratual e os do nosso sistema econômico apresentam uma correspondência essencial. Isto poderia ser explicado com base no fato de que o direito (mera superestrutura e ideologia) reflete de forma inerte as condições da vida econômica, ou com base em que a atividade econômica se instalou na estrutura racional do direito. Nenhuma das explicações seria verdadeira. Estamos lidando, de fato, com uma situação em que o direito e a sociedade interagiram. O direito quantifica a indenização pela

²² Ao referir-se indiretamente a uma espécie de atividade econômica que é “gerenciada”, não temos em mente exclusiva ou mesmo principalmente a gestão pelo Estado, mas sim os meios de organização da atividade econômica que Commons classifica como transações de racionalização e gestão. Como Marx gostava de salientar, o contrato sempre teve um papel muito pequeno na organização interna da fábrica. O enorme crescimento da corporação desde o seu tempo significou uma nova diminuição na importância do contrato como uma força organizadora, uma vez que a corporação e a integração vertical tendem a substituir uma organização que se apoia no contrato e na relação de superior e inferior (gestão) e sobre “operações de racionamento” (cf. os deveres fiduciários dos diretores de conselhos de administração). A presunção de Adam Smith, de que o contrato livre é a única causa da divisão de trabalho, deve ser explicado como baseando-se não apenas sobre as condições do seu tempo, mas também como devido, em parte, à sua preocupação (apesar do título da sua grande obra) com a distribuição da atividade econômica produtiva, ou, em termos comuns, com escassez em vez de com eficiência.

expectativa *em parte* porque a sociedade vê a expectativa como um valor atual; a sociedade vê a expectativa como um valor atual *em parte* porque o direito (por razões mais ou menos conscientemente articuladas) dá proteção à expectativa.

A explicação jurídica e econômica combinada que acaba de ser desenvolvida pode parecer vulnerável a uma objeção séria. Isto decorre do fato de que a regra “normal”, que quantifica a indenização pela expectativa, tem sido frequentemente aplicada a contratos de um tipo que não tem relação imaginável com o “sistema de crédito”, a divisão do trabalho ou a organização da atividade econômica. O Professor Williston aparentemente chega ao ponto de presumir que a regra “normal” é a única regra de recuperação admissível mesmo no caso de promessas executáveis à luz do §90 do “Contracts Restatement”, ou seja, no caso de contratos para os quais nenhum preço foi pago ou prometido.²³ A maioria dos argumentos a favor da regra que mede os danos pela expectativa que desenvolvemos sob a nossa explicação econômica e jurídica combinada não tem aplicação a tais contratos. A sugestão de que o interesse positivo seja adotado como uma espécie de substituto para o interesse negativo por causa da dificuldade de provar o interesse negativo, dificilmente pode ser aplicável a uma situação em que nós realmente

²³ “*Mr. Coudert*: [...] Você diria, Sr. Repórter, no seu caso de Johnny e o tio, o tio prometendo os \$1,000 e o Johnny comprando o carro – imagine que ele vai e compra o carro por \$500 – que o tio seria responsável por \$1,000 ou seria responsável por \$500?”

Mr. Williston: Se Johnny tivesse feito o que se esperava que fizesse, ou estivesse agindo dentro dos limites da expectativa do seu tio, penso que o tio seria responsável por \$1,000; mas não em caso contrário.

Mr. Coudert: Em outras palavras, uma justiça substancial exigiria que o tio fosse penalizado na soma de \$500.

Mr. Williston: Porque você diz ‘penalizado’?

Mr. Coudert: Porque ali seria necessária uma justiça substancial, me parece, – que Johnny receba o seu dinheiro para o carro, mas deveria ele receber o seu carro e mais \$500? Eu não vejo.

Mr. Williston: É claro, seria possível dizer que pela Seção 88 [agora §90] deveria ser substituída por uma seção do *restatement do quase-contrato* (NT: *quasi-contract*) que, nestas circunstâncias, o contratante deve ser autorizado a recuperar uma soma que representa a lesão que sofreu [...], citado a partir da discussão do que é agora §90 do *Contracts Restatement* relatada em *American Law Institute, Proceedings*, Vol. IV, Appendix (1926) 98-99. Numa discussão posterior do caso do tio e Johnny, foi relatado que o Professor Williston teria respondido a uma repetição da pergunta por que razão Johnny deveria receber mais de \$500, “Ou a promessa é vinculante ou não é. Se a promessa for vinculante, tem de ser executada como foi feita. Como disse ao Sr. Coudert, poderia deixar tudo isto para o tema de quase contratos, de modo que o credor, nessas circunstâncias, nunca recuperaria o prometido, mas recuperará um montante que o compensará de forma justa por qualquer lesão sofrida; mas parece-me que tem de se tomar uma perna ou outra. Você tem de dizer que a promessa é vinculante ou você tem que seguir a teoria de restaurar o *status quo*”. *Id.* em 103-104. Cf., “A promessa de mil dólares para comprar um carro a motor pode assim ser vinculante se induzir à compra do carro”. 1 Williston, *Contracts* (2d ed. 1936) §140. Por outro lado, o Professor Gardner parece presumir que nos casos abrangidos pelo §90 o contratante deve ser meramente “indenizado pelos prejuízos sofridos pela confiança” na promessa. Ele considera a “presunção de que um processo por incumprimento da promessa deve ser necessariamente um processo para recuperar o valor do poder afirmado” como “tanto analítica como historicamente incorreta”. Gardner, *An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts* (1932) 46 *Harvard Law Review*, 1, 23.

insistimos na prova de confiança, e de fato, na confiança de um “caráter definitivo e substancial”. A noção de que a expectativa é concebida como compensação por renunciar à oportunidade de celebrar outros contratos semelhantes também não pode ser aplicada nessa situação, se não for por outra razão, porque não se “entra” aqui em qualquer contrato. Finalmente, a política a favor de facilitar a confiança dificilmente pode ser alargada a todos os contratos indiscriminadamente. Qualquer política deste tipo deve pressupor que a confiança na situação particular terá normalmente alguma utilidade geral. Quando estamos lidando com “trocas” ou “sinalagmas”²⁴ é fácil discernir esta utilidade, uma vez que tais transações formam o próprio mecanismo pelo qual a produção é organizada em uma sociedade capitalista. Não parece haver qualquer base para assumir qualquer utilidade geral nos contratos sob o §90, uma vez que eles são restritos apenas por uma definição negativa – eles não são sinalagmáticos.

Seria a aplicação da regra “normal” de indenização a promessas não sinalagmáticas²⁵ então uma refutação incontestável da explicação que tentamos dar à regra? Pensamos que não. Em primeiro lugar, é obviamente possível que os tribunais, por força do hábito, tenham dado uma aplicação mais ampla à regra do que uma investigação filosófica sobre as suas possíveis bases justificaria. Em segundo lugar, não é, de forma alguma, claro nas decisões de qualquer nível que a regra de reparação no caso destas promessas gratuitas é necessariamente a que mede a indenização pela expectativa. Há, como mostraremos na nossa segunda parte, casos que indicam o contrário.

Não é difícil demonstrar que o tratamento judicial dado aos contratos é afetado pela relação entre o contrato específico e aquilo a que chamamos de “o sistema de crédito”. O contrato ideal, do ponto de vista do sistema de crédito, é a promessa (sinalagmática) de pagar dinheiro. Aqui encontramos uma combinação de características jurídicas que reflete a íntima associação deste tipo de contrato com a instituição econômica de crédito: alienação livre pelo credor; substituição livre da conduta de outrem pelo devedor; fácil convertibilidade entre atuais e futuras pretensões, sendo a diferença medida por juros; indenização medida por uma norma mecânica que exclui a consideração das peculiaridades da situação particular; finalmente, a indenização medida pela expectativa, sem tendência para substituir uma medida diferente.

Se não fosse por certas correntes cruzadas complicadoras, poderíamos esperar encontrar um aumento uniforme na tendência de remeter a vítima para o interesse negativo à medida que nos afastamos do sistema de crédito. Isto

²⁴ NT. “*non-bargain promises*”.

²⁵ NT. “*non-bargain promises*”.

acontece de duas maneiras, ambas as quais podem ser ilustradas no contrato a ser abordado.²⁶ (1) Quanto mais distante um contrato estiver do sistema de crédito mais difícil é medir o valor do interesse positivo. (2) Quanto mais afastado estiver um contrato do sistema de crédito, menor é o incentivo judicial para conceder o interesse positivo, e menos urgentes são as políticas básicas que justificam conceder o interesse positivo no acordo comercial ordinário.

Referimo-nos a fatores complicadores que impedem um aumento constante da tendência para se afastar da regra que concede o interesse positivo conforme nos afastamos do sistema de crédito. O principal deles reside no fato de os tribunais terem uma preferência natural pela regra da reparação que oferece o *standard* mais fácil de administrar. Este fator tem peculiar relevância para os negócios que se inserem no §90 do “Contracts Restatement”, no qual o interesse positivo é geralmente uma soma de dinheiro definida. Uma tentativa de traçar a influência deste fator será empreendida na próxima seção.

A divergência de medida e motivo e o problema de motivos mistos

Já indicamos a natureza da principal dificuldade que é encontrada em qualquer análise dos objetivos do direito dos contratos. Esta dificuldade consiste no fato de ser impossível supor que quando um tribunal faz cumprir uma obrigação ele necessariamente busca apenas um objetivo e protege um “interesse”, ou que o objetivo ou interesse que formam a fundamentação da ação do tribunal necessariamente fornecem a medida da reparação do credor.²⁷ Na realidade, não só um tribunal pode considerar-se em determinado caso vindicando mais do que um dos

²⁶ Ver *Sandham v. Grounds*, 94 Fed. 83 (C. C. A. 3d, 1899) sustentando que essa recuperação por quebra de contrato a adotar se limita ao interesse negativo. Em (1899) 13 Harv. L. Rev. 223, a regra aí estabelecida é considerada como desejável “embora contrária à teoria dos danos”. Pode parecer, a princípio, intrigante que haja um número considerável de casos concedendo “execução específica” de contratos a considerarmos. (Os casos encontram-se compilados em 1 C. J. 1379). Um exame destes casos revelará, no entanto, que a maioria deles, se não todos, são casos em que dois fatores estão presentes: (1) o pai adotivo está morto; (2) a vítima tinha feito tudo o que era necessário para aperfeiçoar os seus direitos ao abrigo do acordo antes da morte do contratante. Em tal situação, a concessão do interesse positivo pode ser explicada por dois motivos: (1) o interesse positivo deixou inteiramente de ser conjectural, sendo agora uma mera participação estatutária na propriedade, e (2) a concessão de “execução específica” – ou seja, atribuir à vítima uma parte da criança na propriedade – é o método mais natural e mais certo de reembolso da confiança da vítima, ou, como é normalmente o caso, de realização de uma restituição dos valores recebidos pelo contratante falecido. Nenhuma destas considerações aplica-se, contudo, quando o contratante ainda está vivo, ou quando, como foi aparentemente o caso em *Sandham v. Grounds*, *supra*, houve um repúdio do contrato por parte do pai adotivo antes de a criança ter cumprido a sua parte do acordo.

²⁷ Parece não se ter em conta o que se pode designar por correntes cruzadas motivacionais para constituir o principal defeito do valioso artigo do Professor Cohen, *The Basis of Contract* (1933) 46 HARV. L. REV. 553.

três “interesses” contratuais que distinguimos, mas mesmo quando é razoável supor que um único interesse forneça exclusiva *raison d’être* da intervenção legal, é ainda possível que, por razões de conveniência e certeza, o tribunal poderá escolher uma medida de reparação que difere da opção sugerida pelo interesse protegido.

Existe uma dificuldade em identificar os motivos “últimos” para a execução dos contratos desde as primeiras fases da história do direito. Sem tentar rever aqui o que é conhecido relativamente como a história inicial do contrato, pode dizer-se com segurança que na Inglaterra,²⁸ em Roma,²⁹ e talvez no direito primitivo,³⁰ foi concebido um lugar de destaque para o que pode ser chamado o verdadeiro contrato, o “compromisso de entrega”,³¹ intercâmbio incompleto. Confiando numa promessa do contratante de pagar um determinado preço, o requerente confere algum benefício ao requerido; o devedor não paga, e o credor ajuíza uma ação pleiteando o preço acordado. Este é, de forma esquemática, o verdadeiro contrato. Não apenas essa é a situação em que, na ausência de formalidades, os tribunais estavam mais dispostos a intervir, mas é provável que algumas dessas transações tenham inicialmente fornecido um núcleo factual indispensável para a maioria dos contratos formais.³²

Desde que a intervenção judicial seja limitada a essa situação (ou até o ponto de garantir certos remédios somente nesta situação), parece que o objetivo fundamental da lei é a prevenção do enriquecimento sem causa, uma vez que o enriquecimento do devedor em detrimento da vítima é a condição *sine qua non* da interferência judicial. No entanto, embora a prevenção do enriquecimento sem causa possa parecer fornecer o fundamento da intervenção legal no caso do contrato real, a medida de reparação foi, como sabemos, desde o início, o preço contratado, o interesse positivo. Várias explicações podem ser dadas para esta

²⁸ Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (1929) 401.

²⁹ Radin, *Roman Law* (1927) §60. A ordem precisa em que os vários tipos de contratos informais se tornaram executáveis em Roma parece ser objeto de dúvida. Girard, *Manuel Élémentaire De Droit Romain* (8ª ed. 1929) 467. Claro que tanto na Inglaterra como em Roma houve uma expansão gradual da assistência concedida, de modo que, com o tempo, a existência de um benefício direto para o contratante deixou de ser essencial.

³⁰ Diamond, *Primitive Law* (1935) 391 - 445. Tratando do direito babilônico e assírio, o autor afirma: “não há negócios que se tornem vinculantes pelo simples fato do consentimento sem a transferência de propriedade. Esse tipo de transação comercial ainda não foi alcançado; o direito compensa pela perda, e até que haja intermediários, e preços de mercado que flutuam dia a dia, não haverá acordo puramente executável para compra e venda numa data futura, nem pode haver perda pecuniária por incumprimento um tal acordo”. *Id.* em 409.

³¹ Henry, *Consideration in Contracts* (1917) 26 *Yale L. J.* 664, 678.

³² Tal como no *nexum* romano (partindo do princípio de que negócios foram então usados para criar obrigações), e talvez no contrato selado em Inglaterra. 2 Pollock e Maitland. *History of English Law* (2nd ed. 1898) 213.

aparente discrepância entre as condições sob as quais a responsabilidade foi imposta e os próprios termos da responsabilidade. Mesmo que fosse garantido que o único objetivo perseguido pelos tribunais fosse a prevenção do enriquecimento sem causa, seria possível considerar o preço prometido como o mais óbvio e mais simples método de medir a extensão desse enriquecimento, particularmente numa época que se afastou de qualquer tipo de reparação legal que envolvesse estimativa. Se esta for a explicação correta para a medida das indenizações em contratos reais, temos aí uma ilustração da divergência entre medida e motivo; ou, para falar mais diretamente, um caso em que, embora o motivo fundamental fosse prevenção do enriquecimento sem causa, o tribunal fosse provocado para substituir uma medida que esse objetivo normalmente ditaria uma medida de mais fácil administração.³³

Uma explicação bastante diferente e talvez mais precisa, no entanto, pode ser dada para a medida de reparação aplicada a contratos reais. Pode-se dizer que o elemento do enriquecimento ilícito presente nesses casos serviu para desbloquear, por assim dizer, o impulso latente para manter as pessoas obrigadas aos acordos por eles celebrados.³⁴ Os tribunais teriam preferido ver as pessoas cumprirem as suas obrigações em todos os casos. Mas onde o contratante ainda não tinha dado nada pelo contrato, havia uma hesitação quanto à intervenção legal (e não há dúvida também sobre a condenação moral), que só a combinação de empobrecimento injusto e ganho injusto que o contrato real³⁵ apresenta seria o suficiente para superar. Vista desta forma, a medida de reparação aplicada a contratos reais não foi tanto um caso de divergência na medida ou motivação do contrato, mas sim um caso de motivos mistos.³⁶

A ambiguidade relativa aos motivos finais e à congruência da medida e do motivo que assombra o período mais precoce da história do direito lança uma sombra sobre todos os seus desenvolvimentos posteriores. Assim, no início das fases do seu crescimento, a ação de assunção foi claramente dominada pelo interesse negativo, de tal forma que Ames presumiu, mesmo na ausência dos casos em questão, que a reparação deve ter sido originalmente limitada à compensação por mudança de *status*.³⁷ Mas, ainda que essa tenha sido de fato a regra original, ela

³³ McCormick disse como uma das vantagens da regra que mede os danos em engano pelo interesse positivo, que geralmente oferece, em comparação com a regra, medir os danos pelo interesse negativo, “um padrão simples, razoavelmente definido e de fácil compreensão”. MCCORMICK, DAMAGES (1935) 453.

³⁴ NT: “the latent impulse to hold men to their bargains”.

³⁵ NT: “real contracts”.

³⁶ NT: “mixed motives”.

³⁷ Para ter a certeza de que Ames falou em termos de “reembolso pela perda da coisa dada no âmbito do contrato”, que soa mais a uma descrição de restituição do que a uma reparação pelo interesse positivo. AMES, LECTURES ON LEGAL HISTORY (1913) 144. Mas como não há nada na história do Assumpsit que

não surgiu muito antes de as indenizações serem medidas pelo interesse negativo. No entanto, uma vez que apenas o contrato pactuado foi cumprido pela ação de suposição, temos aqui o mesmo problema que tínhamos no caso do contrato real.

O interesse positivo foi tomado como medida de reparação porque oferecia um padrão mais certo do que o interesse negativo ou porque o fator de confiança serviu para desbloquear o impulso para obrigar homens a cumprirem as suas promessas? É, evidentemente, impossível dar qualquer resposta conclusiva a esta pergunta.

No direito moderno, o problema dos motivos mistos e a divergência entre medida e motivo, embora onipresente, é mais agudo no que podem ser chamados de contratos “não negociáveis”. No caso desses contratos, que desempenham uma função no “sistema de crédito”, ou seja, que, têm mais ou menos a ver diretamente com o mecanismo que, numa sociedade capitalista, proporcionam uma organização para a produção, troca, e distribuição de bens, o interesse positivo tende a tornar-se dominante. Mas quando saímos do domínio das “negociações”, como exemplo nas promessas que se inserem no §90 do “Contracts Restatement”, percebemos que o interesse negativo reassume um papel importante. Um contrato que convida, mas não pede como o seu “preço” alguma confiança por parte do contratante, torna-se exigível apenas quando nele se confia.

Se a confiança é aqui a condição *sine qua non* da intervenção judicial, então a proteção do interesse negativo é obviamente uma parte da motivação dos tribunais em tais casos. É todo o motivo? A confiança aqui também fornece a medida da reparação? Para estas questões, vitais como são, as decisões judiciais não nos fornecem uma resposta clara. Como já foi recordado, Williston presume que a medida de reparação para estes contratos “não negociados” é o mesmo que para os “negociados”, a saber, o interesse positivo.³⁸

Presumindo-se que esta é uma determinação correta da lei (e há muitos casos para apoiar tal posição, bem como alguns para refutar), como devemos explicar a discrepância entre o que aparece como o motivo fundamental (compensação pela quebra da confiança) e a medida de reparação, que ignora a confiança? Como no caso do contrato real e da ação de assunção em seus estágios iniciais, duas explicações principais são concebíveis. Se deixarmos de fora a possibilidade de os tribunais terem aqui concedido o interesse positivo meramente por força do hábito, então ou o interesse positivo é preferível como medida de reparação devido à sua maior definibilidade (“divergência de medida e motivo”) ou o fator de confiança serve para libertar o impulso para obrigar os homens a cumprir aos seus contratos (“motivos mistos”). É claro que não há nenhum método para demonstrar qual

sugira que o remédio alguma vez teria sido limitado à recuperação de um benefício conferido, é seguro assumir que a língua de Ames foi devido à identificação não rara, embora descuidada, do reembolso de trocos de posição com restituição.

³⁸ Ver nota 16 *supra*.

destas explicações é a “verdadeira”. No entanto, ao deixar a questão do motivo controlador neste estado ambíguo, deixamos questões de considerável importância prática por resolver.

Por exemplo, se nos casos abrangidos pelo §90 o interesse positivo é preferível como medida de reparação apenas pela sua certeza, então podemos esperar ver substituído por ele o interesse negativo em todos os casos em que esse interesse tenha oferecido um padrão relativamente certo para a medição dos danos. Por outro lado, se a confiança serve apenas como uma espécie de agente catalítico para estimular o impulso de retenção dos homens aos seus contratos, a questão de saber se o interesse negativo oferecido a uma medida praticável de recuperação se tornaria irrelevante, e o interesse positivo seria, de qualquer forma, adotado como medida de reparação.

A mesma dificuldade em atribuir aos interesses positivo e negativo os seus respectivos papéis surge nos contratos abrangidos pelo §90, geralmente em contratos “informais” e “não comerciais” (incluindo os muitos casos classificados em tais rubricas como “renúncia ou impedimento”), e em todas as situações em que a confiança por parte do contratante é uma condição indispensável à interferência judicial. Um detalhado estudo de casos deste tipo deve ser adiado para a nossa segunda parte.

Estamos habituados a pensar nestes contratos não negociáveis, em que o contratante deve mostrar confiança, não exatamente como nos contratos no sentido pleno do termo. É digno de nota, uma vez que mostrará o quão sujeitos à manipulação os nossos “princípios fundamentais” estão. Seria perfeitamente possível inverter as nossas concepções a respeito do que é normal e do que é anormal, sem que se violem as regras que determinam que os contratos devem ser aplicados. Poderíamos facilmente basear todo o direito dos contratos na premissa fundamental de que apenas os contratos formados com base na confiança devem ser cumpridos. Como principal exceção a este princípio deveríamos ter de enumerar o acordo comercial bilateral.³⁹ A fundamentação para esta exceção pode ser encontrada no fato de que em tais acordos a confiança é extremamente provável de ocorrer e extremamente difícil de provar.

³⁹ Esta é de fato a abordagem adotada em HARRIMAN, CONTRACTS (2nd ed. 1901) §133. “[...] Com as exceções a seguir indicadas, a consideração deve ser um ato feito em confiança na promessa”. §135 “[...] Quando um contrato consiste em promessas mútuas”, cada uma das promessas é a consideração pela outra. Para dizer que cada promessa é dada na confiança no outro não parece estar a esticar demasiado a teoria jurídica; no entanto pode parecer mais simples para alguns considerar o caso das promessas mútuas como uma exceção à regra geral”. Cf. “[...] Pode argumentar-se com justiça que a base fundamental dos contratos simples foi historicamente a ação em confiança justificável numa promessa [...]” 1 WILLISTON, CONTRACTS (2d ed. 1936) §139.

Não é de todo claro que tal racionalização do direito dos contratos em termos de confiança pode não ter vantagens sobre os modos mais habituais de pensamento, que tendem a relegar o interesse negativo para o campo do direito contratual não qualificado. Com este levantamento preliminar dos três interesses contratuais, estamos agora prontos a voltar a nossa atenção mais diretamente para o interesse que é o assunto principal deste trabalho, o interesse negativo.

A relação entre o interesse negativo e os outros interesses contratuais

As definições abstratas que demos dos três “interesses” contratuais parecem, em leitura casual, ser mutuamente exclusivas. No entanto, aqui, como em todo o direito, somos atormentados pelos casos limítrofes. Não só existe, como demonstramos na nossa última seção, uma ambiguidade relativa a estes interesses por parte de um ponto de vista psicológico ou motivacional, de modo que é difícil dizer qual deles os tribunais estariam “realmente” procurando exigir, mas também há uma ambiguidade neles mesmo de um ponto de vista analítico ou definitivo.

O interesse negativo é, como já salientamos, geralmente suficientemente amplo para cobrir todos os casos abrangidos pelo interesse da restituição.⁴⁰ Também é suficientemente amplo para abarcar alguns casos não cobertos por esse interesse. O problema da relação entre estes dois interesses depende, portanto, sobretudo do problema de definir esta área excedente do interesse negativo. Uma vez que esta área consiste nos casos em que o contratante confiou erroneamente em uma disposição sem beneficiar a sua contraparte, é óbvio que a extensão desta área depende do alcance dado ao conceito de “benefício”. Se definirmos benefício por pouco, insistindo num aumento “real” do “patrimônio” do contratante, então o domínio dos casos abrangidos pelo interesse negativo, mas excluídos do interesse da restituição, será relativamente grande. Assim, se A fosse contratado por B para prestar “serviços”, podemos, supondo que A se dedica assiduamente à sua tarefa, ser capazes de encontrar uma confiança prejudicial por A sem qualquer “benefício” correspondente a B. No outro extremo reside uma concepção que veria como um “benefício” tudo aquilo pelo qual o contratante negociou e estava disposto a pagar por preço.⁴¹ Se esta concepção de “benefício” fosse aceita na sua forma extrema, apenas um campo relativamente estreito seria deixado para o

⁴⁰ Mas ver as qualificações feitas *supra* na p. 54, e na nota 4 *supra*.

⁴¹ THE CONTRACTS RESTATEMENT vai quase tão longe, mas acrescenta a qualificação que a atuação deve ter sido “recebida” pelo arguido. WILLISTON. CONTRACTS RESTATEMENT (1932) §348. O termo “recebido” tem, no entanto, uma definição muito ampla. Ver comentário ao §348.

interesse negativo. Qualquer negociação de confiança cairia automaticamente no âmbito do interesse de restituição. Excluído o interesse de restituição, devemos encontrar apenas dois tipos de interesses negativos: (1) sobre contratos que não são negociados (como no §90 do “Contracts Restatement”), e (2) sobre disposições não negociadas por confiança nos contratos negociados (confiança “fora do contrato”, como exemplo, na “passagem para cima” de outras ofertas). O campo ocupado por estes dois tipos de interesse negativo seria, portanto, no que diz respeito ao efeito jurídico, ainda mais limitado pela aplicação de noções como “causalidade” e “previsibilidade”. Daí que seja claro que qualquer concepção que tornasse o “benefício” equivalente ao “negociado por ato” deixaria apenas um campo extremamente limitado como a exclusiva hegemonia do interesse negativo.

A flexibilidade inescapável do conceito de “benefício” significa que traçar a linha entre os interesses negativo e de restituição é, no final das contas, uma decisão bastante arbitrária. Ao substituir “benefício” por um termo mais estrito, como “enriquecimento”, deslocamos a linha numa direção. Tendo em conta o fato de que a linha é estabelecida em última instância por uma espécie de definição específica, é notável que se tenha tornado habitual pensar na restituição como um remédio totalmente distinto das ações judiciais habituais em matéria de contratos. Quando o contrato considera uma espécie de conduta para o fato comum, torna-se uma obstrução no caminho de restituição e deve ser removida por “rescisão”. A visão da “hidromecânica legal” deve ser separada dos propósitos subjacentes aos remédios envolvidos.

A concepção (ou talvez devêssemos dizer “visualização”) da restituição como algo totalmente diferente de um fato “sobre o contrato” tem tido uma série de consequências infelizes. Dentre elas podemos enumerar: (1) a importação para o problema da noção de “eleição” (a vítima tem de escolher antecipadamente a via que a sua ação irá seguir) com a consequência de que a restituição e uma ação “sobre o contrato” não podem ser, exceto provisoriamente, combinadas num único processo;⁴² (2) a exigência de que a vítima deve, como condição prévia à restituição, devolver quaisquer benefícios recebidos;⁴³ e (3) deve, em qualquer caso, em primeiro lugar, notificar a sua intenção de remover o obstáculo do contrato.⁴⁴

⁴² WOODWARD, QUASI CONTRACTS (1913) §266; 3 WILLISTON, CONTRACTS (1920) §1469. A doutrina da eleição é reduzida aos seus termos mais inócuos em RESTATEMENT, CONTRACTS (1932) §381. No entanto, mesmo sob a restauração, continua a ser impossível, aparentemente, para combinar a restituição e um processo por “danos” numa única ação.

⁴³ RESTATEMENT, CONTRACTS (1932) §349; WOODWARD, QUASI CONTRACTS (1913) §265; 3 WILLISTON, CONTRACTS (1920) §1460.

⁴⁴ WOODWARD, QUASI CONTRACTS (1913) §267. Ao enumerar estas restrições à restituição como consequências infelizes da noção de que a restituição se baseia numa destruição do contrato, não pretendemos implicar que todas elas sejam lei estabelecida. O último requisito mencionado é particularmente de caráter duvidoso, como a Woodward salienta na seção citada.

Em certos casos, é possível que o requerente da demanda venha a evitar as inconveniências e perigos envolvidos na restituição, propondo uma ação que discuta o valor dos seus “gastos em desempenho”, de modo a proteger o interesse negativo (e, portanto, por implicação necessária, o interesse da restituição), sendo esse considerado um processo “sobre o contrato”.⁴⁵

Em certo aspecto, é adequado dizer que o interesse negativo, embora amplamente reconhecido em nosso ordenamento, receba o seu reconhecimento de forma encoberta – ou, é tentador afirmar, clandestina. Se tivesse sido rotulado abertamente como uma base distinta de processo, é bastante provável que os tribunais tivessem obrigado àquele que estivesse executando um contrato a “escolher” entre o interesse negativo e o interesse positivo. Felizmente, parece não haver qualquer sugestão nos casos da necessidade de tal escolha, e a ação judicial que busca a reparação por violação ao interesse negativo permaneceu, por conseguinte, livre das armadilhas que rodeiam a ação reparatória.⁴⁶

Ao distinguir entre o interesse negativo e o interesse positivo, encontramos não tanto uma linha de divisão estanque, mas sim uma miscelânea de grupos de casos que parecem se encaixar em ambas as categorias. Estes dois interesses fornecerão medidas de reparação idênticas, ou quase idênticas, em pelo menos três tipos de casos.

Primeiro, onde o interesse negativo da vítima assume a forma de atos essenciais à execução do contrato por ela (tal como a execução parcial do contrato ou dos preparativos necessários para a execução), e o ofensor quebra ou viola o contrato antes da sua execução completa, é possível classificar a ação da vítima como baseada tão somente sobre o interesse positivo ou sobre uma combinação dos interesses positivo e negativo.

⁴⁵ WILLISTON, CONTRACTS (1920) §1341; cf. RESTATEMENT, CONTRACTS (1932) §333.

⁴⁶ Em *Rabinowitz v. Marcus*, 100 Conn. 86, 123 Atl. 21 (1923), no entanto, a opinião aparentemente única foi a de que um processo para obter um reembolso por confiança (uma parte importante da qual não beneficiou o arguido) baseava-se numa rescisão do contrato. Há mesmo uma linguagem na decisão que pode ser interpretada como implicando que deve haver uma eleição entre um processo por “danos” e um processo para obter reembolso das despesas efetuadas. Deve também ser chamada a atenção para os casos em que a vítima tenha confiado num contrato no âmbito do Estatuto das Fraudes, e onde os tribunais se sentiram constrangidos (a fim de evitar a aparência de permitir um processo “sobre o contrato”) para tratar o pedido de reembolso como um processo de restituição. Que, nestes casos, os elementos de interesse negativo são muitas vezes compensados que não são devidamente considerados como cobertos, mesmo pelos mais generosos a definição de restituição será mostrada na nossa segunda prestação. Onde, como nos casos deste tipo, um fato para obter reparação por interesse negativo tem de ser disfarçado como um fato para restituição, é óbvio que existe o perigo de que o disfarce possa ser levado a sério, e que o processo estará sujeito a todas as limitações impostas a um processo “real” por restituição. Pode haver uma dica da noção de uma eleição entre o interesse negativo e o interesse positivo nas declarações ocasionais de que a vítima não pode recuperar o reembolso do seu desempenho da peça e o lucro perdido num só fato. Ver nota 44 *supra*. O ostensivo fundamento para esta visão é, no entanto, que permitir ambos estes itens resultaria em “dupla recuperação”.

Se um empreiteiro tiver terminado metade da estrutura quando o proprietário do imóvel puser fim ao contrato, o empreiteiro pode declarar e enumerar dois tipos de danos: (1) despesas efetivamente realizadas na execução ou preparação para a execução, e (2) o lucro que ele teria auferido em todo o contrato. Isto parece ser uma combinação do interesse negativo e do interesse positivo, e deverá ser assim analisada se restringirmos o âmbito do interesse positivo ao que pode ser chamado de expectativa líquida, por outras palavras, se considerarmos “interesse positivo” e “lucro cessante” sinônimos.

Mas em casos em que o contratante tenha empreendido a execução ou os preparativos para executar um contrato lucrativo antes da violação, não há distorção em dizer que o interesse da vítima é realmente duplo e inclui (1) o reembolso do que foi feito, e (2) um lucro para além disso. Podemos chamar este interesse mais amplo de “interesse positivo bruto”. Utilizando este conceito mais amplo, o caso do empreiteiro parece basear-se inteiramente no interesse positivo.⁴⁷

A possibilidade de se subsumir uma reparação pelo valor do desempenho parcial sob o interesse positivo é indicada pelo fato de ser possível afirmar, inteiramente em termos de expectativa, medidas de reparação que, se todos os dados relevantes estivessem disponíveis, produziriam a mesma soma que a fórmula que mede a reparação pelo valor razoável do que foi feito, mais o lucro. Exemplos de tais medidas seriam: (a) pagamento pelo trabalho realizado no preço contratual, mais o lucro perdido na parte não cumprida do contrato, (b) o contrato completo, preço menos o custo de conclusão.

Em segundo lugar, onde o interesse negativo é concebido para abarcar a perda da oportunidade de celebrar contratos semelhantes com outras pessoas, o interesse negativo e o interesse positivo terão tendência de se aproximar de um outro. O grau exato da sua correspondência em função de até que ponto outras oportunidades de natureza semelhante estariam abertas à vítima quando ela celebrou o contrato sobre o qual o processo foi instaurado. O médico que, ao marcar uma consulta, se priva da oportunidade de fazer uma consulta precisamente semelhante com outro paciente, apresenta o caso de uma correspondência completa entre os interesses negativo e positivo.

A tendência dos interesses positivo e negativo de se confundirem em casos deste tipo tem como consequência que o mesmo tipo de danos pode muitas vezes ser classificado em qualquer uma das rubricas. Assim, quando a violação do contrato por parte do requerido resulta em danos à vítima e à propriedade, tornando-a ociosa durante um período de tempo, os tribunais, ao atribuir à vítima o valor de

⁴⁷ É assim analisado em RESTATEMENT OF CONTRACTS (1932) §333, comentário a.

aluguel das instalações, consideram, por vezes, que estavam concedendo o reembolso pela perda da oportunidade de negócio. A propriedade para outros fins (o interesse negativo)⁴⁸ é por vezes concebida como uma compensação pela perda dos lucros que teriam sido obtidos se o arguido tivesse cumprido a sua promessa (interesse positivo).⁴⁹

Em terceiro lugar, os interesses negativo e positivo irão coincidir em casos em que a violação de um contrato não resulta simplesmente na perda do valor prometido, mas em algum dano direto. Um agricultor compra uma vaca com a garantia de estar ela livre de doenças. A vaca está de fato doente e contamina todo o rebanho do comprador. No que diz respeito ao item da perda direta (a contaminação do rebanho), não é possível fazer uma distinção entre o interesse negativo e o interesse positivo. Esta perda também não teria ocorrido se o arguido não tivesse quebrado o seu contrato, ou se a vítima não tivesse confiado no contrato.

O interesse contratual positivo deve estabelecer o limite da reparação?

Nos contratos que são objeto de uma ação judicial, o valor do interesse positivo normalmente excede o interesse negativo. É possível, entretanto, que o interesse contratual negativo possa oferecer ao requerente uma medida de reparação mais generosa do que a que adviria do interesse positivo. Em tais casos, o valor do interesse positivo deve ser considerado de forma a estabelecer um limite para a reparação? As seções do Código Civil alemão que dão proteção ao interesse negativo preveem que a reparação não deve, em nenhum caso, exceder o interesse positivo.⁵⁰ O tratamento disfarçado concedido ao interesse negativo em nossa lei torna impossível esperar uma resposta tão explícita e geral para o problema tal como ele surge na *common law*. Não faltam, no entanto, indícios de uma visão semelhante à contida no Código alemão.⁵¹ Existe alguma base para essa noção de que a reparação baseada no interesse negativo nunca deve exceder o valor do interesse positivo?

⁴⁸ Esse aparentemente foi o entendimento em *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan, 614, 44 Pac. 621 (1896).

⁴⁹ Como em *Griffin v. Colver*, 16 N. Y. 489 (1858).

⁵⁰ §§122, 179, 307. A linguagem da limitação é substancialmente a mesma em cada seção, “[...] jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit [ou “Wirksamkeit”] des Vertrags hat”.

⁵¹ Ver *RESTATEMENT, CONTRACTS* (1932) §333 (a) (“tais despesas não são reparáveis pelo excesso do preço integral do contrato”); Gardner, *Na Inquiry into the Principles of the Law of Contracts* (1932) 46 *Harvard Law Review* 1, 22 (“não excedendo o valor do poder afirmado”); *Glaspie v. Glassow*, 28 Minn. 158, 9 N. W. 669 (1881).

Antes de qualquer tentativa de resposta, deve-se observar que existem pelo menos duas ambiguidades em nossa pergunta, ambas relacionadas ao significado da expressão “valor do interesse contratual positivo”. Em primeiro lugar, esse termo se refere ao “interesse positivo líquido” (“os lucros cessantes”) ou ao “interesse positivo bruto”, a expectativa no caso de adimplemento total? A resposta é muito clara: é a última que se pretende, já que uma limitação da reparação em termos de “interesse positivo líquido” seria absurda.⁵² O fato de um empreiteiro de construção civil poder receber apenas USD 200 em seu contrato como um todo não deveria impedi-lo de recuperar, digamos, USD 5.000 como reembolso de despesas feitas antes da violação do requerido. A segunda ambiguidade é menos fácil de se lidar. O valor do interesse positivo deve ser medido “objetivamente”, de acordo com seu preço de mercado ou “valor razoável”, ou deve ser medido em termos de sua utilidade para o requerente em sua situação particular? A importância para o credor da promessa de entrega de uma peça de maquinário “de valor razoável” de USD 100 pode transcender em muito este valor “objetivo”. Com esta maquinaria, o requerente pode ser capaz de operar sua fábrica com um lucro de milhares de dólares; sem ela, ele pode sofrer pesadas perdas. Por enquanto, vamos presumir – como a linguagem normalmente empregada na formulação da limitação (“o preço total do contrato”) nos permite presumir – que o “valor do interesse positivo” deve ser medido “objetivamente”, e descobrir que justificativa pode haver para uma regra que estabelece que a reparação por interesse negativo em um contrato nunca deve ser permitida para exceder o valor “objetivo” do interesse positivo.

Para responder a essa pergunta, é necessário indagar o que pode levar a que o interesse negativo exceda o “valor razoável” do adimplemento prometido pelo requerido. A possibilidade mais óbvia é que o requerente tenha celebrado um contrato prejudicial. Um fabricante se comprometeu a construir uma máquina por USD 1.000 sem prever que será necessário, a um custo de USD 1.500, derrubar e substituir uma parede de sua fábrica a fim de remover a máquina quando ela for concluída. Se o fabricante aqui deveria procurar recuperar o interesse negativo total (USD 1.500 mais o custo de materiais e mão de obra na máquina), a objeção óbvia pode parecer ser que ele está tentando transferir o ônus de sua própria negligência para a outra parte. Em resposta, pode ser apontado que ele não terá oportunidade de fazer isso, a menos que a outra parte tenha sido primeiramente culpada por uma violação ao contrato. Se o comprador pagar prontamente os USD 1.000 acordados como preço de compra, não será possível ao fabricante instaurar

⁵² A limitação prescrita pela Gardner (*loc. cit. supra*, nota 37) parece ser formulada em termos do juro líquido esperado, embora provavelmente não fosse essa a intenção.

uma ação judicial; se o fabricante puder ingressar com um processo judicial, será porque o comprador está inadimplente. Então, a questão realmente se torna a seguinte: deveria a inadimplência do requerido ter como consequência o direito de transferir para o requerente o prejuízo que ele teria sofrido se o requerido tivesse cumprido o contrato? Esta é uma penalidade adequada a ser imposta por quebra de contrato? Provavelmente, na maioria dos casos, não seria assim considerado. Deve-se observar, porém, que nas ações reparatórias há muitos casos que permitem ao requerente recuperar o valor dos benefícios conferidos ao requerido, mesmo que este valor exceda o da obrigação recíproca prometida pelo requerido.⁵³ Nesses casos, não há dúvida de que a violação do requerido deve resultar na perda de seu direito de reter os benefícios de uma negociação vantajosa. Seria apenas um passo adiante (particularmente quando se lembra que os “benefícios” que o requerido “retém” nos casos de reparação são, muitas vezes, pouco mais do que invenções jurídicas) estabelecer uma regra ampla que privaria o inadimplente do poder de limitar a reparação da outra parte pelo interesse negativo. Novamente, em um processo judicial por fraude, foi concedido ao requerente o reembolso por seu interesse negativo, embora isso tenha excedido o valor real do desempenho prometido do requerido, em outras palavras, embora fosse ter o requerente um “mau negócio” mesmo se declarações do requerido fossem verdadeiras.⁵⁴ Casos desse tipo distinguem-se do tipo de caso que estamos discutindo apenas pelo motivo, de certa forma indefinido, de que a política a favor de desencorajar a fraude é mais forte do que a de desencorajar a quebra de contrato. Ao invocar estas comparações com processos por fraude e restituição, não queremos sugerir que o “preço total do contrato” (ou seja, o valor “objetivo” do interesse positivo) não deva limitar a reparação no tipo de caso comum em discussão. Sugerimos, apenas, que talvez fosse insensato estabelecer uma regra categórica sobre o assunto, e que é bem possível, em um caso de violação inescusável do contrato, que o tribunal possa achar que não estava impondo uma penalidade muito pesada ao requerido para lhe transferir a perda que o requerente teria incorrido mesmo que o requerido tivesse cumprido suas obrigações contratuais.

Mas será que o valor decorrente de o interesse negativo exceder aquele que adviria do interesse positivo implica necessariamente que o requerente entrou em uma negociação prejudicial? No antigo caso *Nurse v. Barns*,⁵⁵ o requerido “por 10 libras” prometeu ao requerente dar-lhe o uso de certas instalações por um período de seis meses. Confiando nesta promessa, o requerente armazenou um estoque

⁵³ 3 Williston, *Contracts* (1920) §1485; Woodward, *Quasi Contracts* (1913) §268.

⁵⁴ *Wallace v. Hallowell*, 56 Minn. 501, 58 N. W. 292 (1894).

⁵⁵ *T. Raym.* 77 (1664).

de mercadorias. O requerido falhou em cumprir sua promessa. Como seus gastos com mercadorias foram desperdiçados, o requerente perdeu 500 libras, valor que foi autorizado a ser ressarcido pelo requerido. Aqui, não havia nada que indicasse que o requerente entrou em uma negociação prejudicial; pelo contrário, foi expressamente considerado que o aluguel valia exatamente o que o requerente concordou em pagar por ele.

Evidentemente, precisamos distinguir entre dois tipos de confiança. Certos atos de confiança são, em um sentido amplo, o “preço” de quaisquer benefícios que o contrato possa envolver para o requerente. Este tipo de confiança nós chamaremos de “confiança essencial”. Sob este título, seriam incluídas a execução de condições expressas e implícitas em contratos bilaterais, a execução do ato requerido por uma oferta para um contrato unilateral, os atos preparatórios a serem realizados em ambos os casos mencionados e os prejuízos envolvidos na própria celebração do contrato, como exemplo, ao renunciar à oportunidade de celebrar outros contratos lucrativos. Quanto a este tipo de confiança (“confiança essencial”), se não limitarmos a reparação pelo “preço contratual”, estamos permitindo que o requerente transfira para o requerido seus próprios prejuízos contratuais, quando o requerido não é culpado de nada mais repreensível do que a violação do contrato.

Em contraste com a “confiança essencial”, temos o tipo de confiança envolvida no caso *Nurse v. Barns*, que chamaremos de “confiança incidental”. A confiança do requerente neste caso (depositada em um estoque de mercadorias) seguiu naturalmente e, podemos supor, previsivelmente, a partir do contrato. Não consistiu, porém, em atos necessários à perfeita aplicação dos direitos do requerente sobre o contrato; não pode ser considerado como o “preço” da execução pelo requerido. Transferir o ônus de tal confiança para o requerido em uma quantia que exceda “o preço total do contrato” não é transferir para o requerido os prejuízos contratuais do requerente. Em tal caso, portanto, não parece haver razão válida para limitar a reparação do requerente pelo interesse positivo medida “objetivamente”. Em caso de qualquer limite, ele deve corresponder a algum padrão mais generoso do que o “preço do contrato”.

Deve haver algum limite de reparação em casos como *Nurse v. Barns*? Suponha-se que, nesse caso, tivesse sido demonstrado que o negócio contemplado pelo requerente teria operado com prejuízo e que esse prejuízo teria excedido o montante que o requerente procurou recuperar como reembolso por sua confiança. Se o requerente estiver em tal situação, é óbvio que estamos de fato transferindo para o requerido a perda que o requerente teria incorrido no empreendimento assumido com base no contrato. Para evitar isso, devemos limitar a reparação do

requerente pelo interesse positivo medido “subjetivamente”, ou seja, com referência ao lucro ou prejuízo razoavelmente previsível do negócio contemplado.⁵⁶ Na prática, esta limitação será de pouca importância, pois em casos como *Nurse v. Barns*, raramente, será possível julgar com precisão qual teria sido o destino do empreendimento se ele não tivesse sido interrompido pela falha do requerido em cumprir o contrato.

Podemos resumir as conclusões alcançadas até o momento nos seguintes termos. Um pleito baseado na “confiança essencial” deveria normalmente ser limitado pelo interesse positivo medido “objetivamente”, porque um excesso de interesse negativo sobre o valor razoável da coisa prometida pelo requerido indicaria que o requerente entrou em uma negociação prejudicial. Permitir uma reparação além do “preço total do contrato” seria permitir que o requerente transferisse seus prejuízos contratuais para o requerido. Onde a “confiança incidental” está envolvida, não há motivo para limitar a reparação pelo “preço total do contrato”, ou seja, o interesse positivo “objetivo”. Por outro lado, não deve ser mais permitido ao requerente transferir para o requerido os prejuízos incorridos em um empreendimento assumido com base no contrato, assim como obrigar o requerido a suportar os prejuízos incorridos na celebração do próprio contrato. Assim, nos casos em que a reparação por “confiança incidental” é pleiteada, a reparação deve ser limitada pelo interesse positivo medido “subjetivamente”. Na prática, tal limitação geralmente será demasiadamente indefinida, mas será de grande importância. Todos estes pontos estão contidos por implicação em uma fórmula muito simples: *Não entraremos em uma ação de reparação por perdas incorridas com base em um contrato, colocando conscientemente o requerente em uma posição melhor do que aquela que ele ocuparia se o contrato tivesse sido plenamente cumprido.*

Até agora, falamos apenas de uma limitação “grosseira” na reparação do requerente. Entretanto, a proposta de que devemos evitar conferir ao requerente vantagens além daquelas que a execução do contrato teria envolvido tem como corolário de que deveriam ser deduzidas da reparação do requerente quaisquer perdas que ele tivesse sofrido se o contrato tivesse sido executado. Se um empreiteiro processar por reparação de USD 5.000 gastos na execução parcial de um contrato no qual ele teria perdido USD 1.000 se tivesse sido autorizado a completá-lo, provavelmente, a maioria dos tribunais concederia ao requerente apenas

⁵⁶ Uma sugestão de tal limitação é encontrada no caso *Crutcher & Co. v. Elliott*, 13 Ky. Lei Rep. 592 (1892), onde o tribunal disse: “Enquanto o requerente neste caso processou e foi autorizado a recuperar o valor pago pela semente, o valor de aluguel da terra em que foi semeada e o custo de preparar a terra e semear a semente, *mas como isso, na ausência de qualquer alegação de fatos especiais pelo réu, é presumivelmente inferior ao valor da colheita se a semente tivesse sido do tipo representado, o réu não é prejudicado*” (grifos nossos).

USD 4.000.⁵⁷ Em casos de confiança incidental, a dedução de perdas potenciais poderia ser concebível em duas partes, e abranger tanto as perdas contratuais (o requerente entrou em um negócio prejudicial com o requerido) quanto as perdas que ele teria sofrido no empreendimento em questão mesmo que esse empreendimento não tivesse sido frustrado pelo inadimplemento do requerido.

A fórmula que nos orienta a não conferir ao requerente em busca de reparação por vantagens de confiança mais amplas do que a execução do contrato lhe teria dado é útil como uma generalização, mas apenas como uma generalização. Como já sugerimos, é bem possível que esta fórmula possa, em alguns casos, ser vista como estrita demais para o requerente. Quando a violação do ofensor era de um tipo que provoca indignação, o tribunal poderia se esquivar da aplicação do contrato em benefício de um inadimplente, o que esta fórmula parece implicar. Por outro lado, a fórmula pode, em alguns casos, ser rejeitada por ser muito generosa para o requerente. Um exemplo talvez seja um contrato que se enquadre no §90 do “Contracts Restatement”. Um tio promete a seu sobrinho USD 1.000 como presente. O sobrinho decide entrar no negócio e, reservando a quantia prometida para uso no pagamento de seu aluguel, gasta uma grande soma de dinheiro depositada em um estoque de mercadorias. O tio se recusa a cumprir sua promessa; o sobrinho é obrigado a abandonar seus planos, e vende seu estoque de bens com um sacrifício de USD 2.000. Não haveria aqui violação da fórmula sugerida se concedêssemos ao sobrinho USD 2.000, pelo menos não se assumirmos que o empreendimento do sobrinho teria sido bem-sucedido. O caso difere, no entanto, de casos como *Nurse v. Barns*, em que o contrato envolvido, se for um “contrato”, é anômalo. Sua execução, mesmo na ordem dos USD 1.000 prometidos, foi concebida para envolver uma considerável extensão da doutrina jurídica. Portanto, pode parecer que, se a reparação for concedida aqui, ela deve ser limitada pelo valor objetivo da promessa do tio. Alguns desses fundamentos parecem estar subjacentes às limitações nas seções do Código Civil alemão já mencionadas. Estas seções preveem uma reparação do interesse negativo em situações em que, devido a algumas circunstâncias que dificultam o cumprimento do contrato, um contrato perfeito (que produziria o interesse positivo) não é concluído. Uma vez que o interesse negativo é uma espécie de consolo por não obter um contrato perfeito, seria ir além da base subjacente da reparação impor ao requerido um ônus maior do que a execução do contrato teria envolvido.

⁵⁷ Por outro lado, o fato de que o requerente teria meramente “quebrado o limiar” no empreendimento em questão, não oferece nenhuma razão para negar ou reduzir a reparação por confiança incidental. *Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co.*, 90 Mich. 147, 51 N. W. 197 (1892).

Restatement, Contracts (1932) §333 (d); *Reynolds v. Levi*, 122 Mich. 115, 80 N. W. 999 (1899). Por outro lado, a dedução provavelmente não seria feita em um processo de restituição. *Bush v. Canfield*, 2 Conn. 485 (1818).

O problema da duplicação de itens danificados

Um primo próximo dos problemas que acabamos de discutir é a questão levantada por aqueles casos em que elementos do interesse negativo e positivo são combinados em um único processo e é argumentado que o requerente listou o mesmo prejuízo duas vezes sob rubricas diferentes. Ao lidar com este problema de “dupla reparação”, é necessário recorrer à distinção já feita entre os dois tipos de confiança.

No que diz respeito à “confiança essencial”, o problema da dupla reparação é controlado pelo mesmo princípio que está subjacente aos problemas discutidos na última seção. Esse princípio, vagamente afirmado, significa que um homem não pode reivindicar os benefícios de uma negociação sem incorrer em seus prejuízos. Como a “confiança essencial” consiste naqueles atos que devem ocorrer antes que o requerente tenha direito aos benefícios do contrato e é, portanto, em certo sentido, o “preço” desses benefícios, é impróprio para o requerente recuperar esses benefícios e, ao mesmo tempo, transferir o custo deles para o requerido – a não ser, é claro, que a violação do contrato seja considerada uma ofensa suficientemente grave para justificar a permissão de uma espécie de ação *qui tam*. Se um requerente deveria executar sua parte do contrato e, em seguida, exigir tanto uma compensação pela confiança envolvida em sua execução quanto, ao mesmo tempo, o valor total da execução do requerido, seria óbvio que ele estava pedindo demais. O caso seria o mesmo se ele executasse metade do contrato e, em seguida, mediante repúdio do requerido, buscasse indenização pelo que ele havia feito e, ao mesmo tempo, indenização pela sua execução parcial.

Este princípio contra comer seu bolo e possuí-lo se aplica, no entanto, somente aos casos em que o requerente busca o que chamamos de “interesse positivo bruto”. Se um requerente busca em um processo a reparação por “confiança essencial” e os lucros cessantes (“o interesse positivo líquido”) não haverá dupla reparação se ambos os itens forem permitidos.⁵⁸ Aqui, o requerente, com certeza, comeu seu bolo, mas pede apenas a cereja que lhe foi negada. Menos metaforicamente, a razão pela qual não há aqui qualquer dupla reparação reside no fato de que os lucros cessantes são baseados em uma dedução da “confiança essencial” passada ou futura do requerente (ou de sua confiança real na execução do contrato se esta tiver excedido a “confiança essencial”) do valor da execução prometida

⁵⁸ Restatement, Contracts (1932) §333, comentário c, e ilustração 1; McCormick, Damages (1935) §142; ver *United States v. Behan*, 110 U. S. 338, 345 (1883). Há um número surpreendentemente grande de casos em que uma opinião contrária é suscitada. *Worthington v. Dado*, 119 Ala. 44, 24 So. 739 (1898); *Fontaine v. Baxley*, 90 Ga. 416, 17 S. E. 1015 (1892); *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873); *Mount Pleasant Stable Co. v. Steinberg*, 238 Mass. 567, 131 N. E. 295 (1921); *Irwin v. Worcester Paper Box Co.*, 246 Mass. 453, 141 N. E. 286 (1923); *Otis v. Koontz*, 70 Mo. 183 (1879); *Holt v. United States Security Life Ins. Co.*, 76 N. J. Lei 585, 72 Atl. 301 (1909).

pelo requerido. O que quer que seja adicionado sob o título “confiança essencial” deve servir para reduzir, portanto, o resíduo, que é o lucro cessante. Portanto, se os lucros cessantes forem calculados corretamente, não há perigo de dupla reparação em um processo que combina uma demanda por confiança essencial e pelos lucros cessantes.⁵⁹ (Uma exceção existiria se o requerente pedisse uma compensação por sua confiança ao renunciar à oportunidade de celebrar outros contratos lucrativos. Esta é uma “confiança essencial” e deve ser considerada, por exemplo, em relação à regra que limita a reparação ao preço total do contrato. Mas, assumindo que tal perda é compensável, ela não pode ser combinada com um pedido de “lucros cessantes” porque, ao contrário de outras formas de confiança essencial, este tipo de confiança não é deduzido no cálculo do montante dos “lucros cessantes”).

À primeira vista, não parece haver problema de dupla reparação em relação à “confiança incidental”. Na medida em que a “confiança incidental” ocorre, por assim dizer, “fora do contrato”, pode parecer que não poderia haver duplicidade entre os itens compreendidos sob ela e aqueles compreendidos sob o interesse positivo. Mas isso seria ignorar o fato de que, embora a confiança incidental não seja *ex vi termini* essencial ao direito do requerente de executar o contrato, ela pode ser essencial para uma realização concreta dos valores assumidos para medir o interesse positivo. O requerido quebra um contrato para fornecer um longa-metragem ao requerente, o proprietário de um cinema. O requerente instaura uma ação judicial buscando a reparação pela (1) diferença entre a renda bruta realmente derivada de um filme substituto e a que teria derivado do filme prometido, e (2) o reembolso das somas gastas em publicidade do filme prometido.⁶⁰ Aqui, a confiança em gastar dinheiro em publicidade não era “confiança essencial”; o requerente poderia ter mantido o requerido no contrato sem gastar um único centavo para esse fim. A publicidade não era, portanto, o “preço” do desempenho do

⁵⁹ A qualificação, “se os lucros cessantes forem calculados corretamente”, serve para explicar as declarações judiciais, referidas na última nota, no sentido de que uma reclamação por despesas em execução é incompatível com uma reclamação pelo lucro cessante.

⁶⁰ Há razões para supor que, em cada um dos casos citados, os lucros cessantes estavam sendo calculados de acordo com um método que não envolvia a dedução da despesa específica para a qual o requerente estava buscando reembolso. Assim, em *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873), o requerente fez uma viagem cara para assumir suas funções sob um contrato de trabalho de um ano. Ele buscou tanto o reembolso de suas despesas de viagem quanto a compensação pelo salário perdido. Ao negar o pedido de reembolso das despesas de viagem, o tribunal ignorou a possibilidade de calcular os lucros cessantes deduzindo essas despesas do salário do ano, e assumiu que os lucros cessantes devem consistir no salário prometido menos apenas o que o requerente pudesse ganhar em outro lugar depois que o emprego lhe fosse recusado. Que o problema de duplicidade nestes casos depende, em última instância, do método pelo qual os lucros cessantes são calculados é reconhecido pelo *American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros.*, 68 Misc. Rep. 334, 123 N. Y. Sup. 879 (App. Term 1910). 48. *Vitagraph-Lubin-Selig-Essanay v. Billings*, 87 Okla. 192, 209 Pac. 773 (1922).

requerido. No entanto, foi o “preço” do valor particular que o requerente procura atribuir à essa execução. Se o requerido tivesse cumprido o contrato, a despesa de publicidade teria sido deduzida da receita bruta do requerente; portanto, seria impróprio permitir ao requerente recuperar a diferença na receita bruta e a despesa de publicidade ao mesmo tempo.

A sobreposição envolvida no caso que acabamos de discutir é bastante óbvia, já que o valor do adimplemento do requerido foi medido com referência especial à situação do requerente; os danos foram “especiais” ao invés de “gerais”, e podemos observar quais fatores foram levados em conta na sua determinação. Mas quando os danos são “gerais” (a diferença entre o preço de mercado ou “o valor razoável” e o preço do contrato), o problema da sobreposição se torna muito mais desconcertante. A dificuldade aqui surge porque o valor que representa o preço de mercado ou “o valor razoável” não é especialmente computado pelo tribunal, mas representa um dado proveniente de fontes adicionais. Portanto, é impossível saber exatamente quais fatores entraram em sua determinação. O Ministro Holmes uma vez expressou a opinião de que o vendedor, sob um contrato para a venda de petróleo, não poderia recuperar a diferença entre o preço de mercado (por exemplo, o tanque do comprador na fábrica do vendedor) e o preço do contrato, e, ao mesmo tempo, o reembolso das despesas incorridas para providenciar a expedição do petróleo. “Se ela [a empresa requerente] tivesse recebido o petróleo, estas seriam deduções de qualquer lucro que a requerente teria obtido. Mas, se receber a diferença entre o preço do contrato e o preço de mercado, ela receberá o que representa o valor do petróleo em suas mãos, e permitir adicionalmente esses itens faria com que o requerido pagasse duas vezes pela mesma coisa”.⁶¹ A serem comparados com este, existem vários casos que concedem ao arrendatário a quem foi negada a posse de imóvel tanto o reembolso das despesas de mudança pagas antes do inadimplemento do requerido, como a diferença entre o “valor razoável” do contrato de arrendamento e o aluguel reservado no contrato.⁶² Parece pouco distinguir estes casos daqueles discutidos pelo Ministro Holmes, a menos que um tribunal ou júri possa, em casos envolvendo “valor razoável”, evitar a duplicidade por um ajuste (talvez intuitivo) na estimativa do “valor razoável”, um ajuste que seria impossível no caso de um preço de mercado.

O problema mais perplexo de todos talvez seja aquele apresentado pela combinação de um interesse positivo medido pelo preço de mercado ou “valor razoável”, e um pleito pelo desembolso de publicidade. O requerido quebra um contrato

⁶¹ *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U. S. 540, 546 (1903).

⁶² *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Driggs v. Dwight*, 17 Wend. 71 (N. Y. 1837); *Giles v. O'Toole*, 4 Barb. 261 (N. Y. 1848).

para ceder uma patente. O requerente processa, requerendo (1) a diferença entre o “valor razoável” da patente e o preço do contrato, e (2) o reembolso das somas gastas em artigos publicitários que deveriam ter sido fabricados sob a patente. Ao transmitir o problema da duplicidade, devemos considerar as seguintes questões: (1) Até que ponto a publicidade já havia se refletido em um “valor razoável” aumentado? Neste caso, haveria duplicidade. (2) Assumindo que a publicidade ainda não tinha tido seu pleno efeito, ou que foi gasta de forma a não afetar o valor da patente em si, até que ponto foram consideradas as despesas desse tipo no cálculo do “valor razoável” da patente? Neste caso, mais uma vez, há duplicidade. (3) Assumindo, novamente, que a publicidade não funcionou para aumentar o “valor razoável” da patente, até que ponto a publicidade pode ser considerada como um fator produtivo independente pagando-se por si mesma e produzindo seu próprio retorno? Neste caso, não haveria duplicidade, já que os gastos com publicidade são, neste aspecto, um empreendimento econômico separado ocasionado pelo contrato, e não simplesmente um preço pago para “chegar” a um valor contido no contrato. Esta última questão envolve um problema do tipo que os economistas lidam sob o título de “economia imputacional”, embora as condições para uma aplicação eficaz de seus métodos dificilmente estarão presentes nos casos suscetíveis a litígio.⁶³

Estas ilustrações devem ser suficientes para sugerir as dificuldades envolvidas no problema da “dupla reparação”, dificuldades as quais não temos qualquer pretensão de ter resolvido aqui. No máximo, nossa contribuição tem sido localizar as fontes de problemas e trazer algumas das distinções preliminares necessárias.

O interesse negativo e *Hadley v. Baxendale*

Antes de se discutir a relação entre o interesse negativo e o caso *Hadley v. Baxendale*,⁶⁴ faz-se necessário expor brevemente o que parece estar envolvido nesse conhecido caso, que é considerado não apenas um evento na história jurídica, mas um símbolo aceito para um conjunto de problemas. É possível afirmar que o caso representa duas proposições: a primeira, que nem sempre é prudente fazer o promitente inadimplente pagar por todos os danos decorrentes do seu inadimplemento; a segunda, que especificamente o teste adequado para determinar se

⁶³ Ver von Wieser, *ocial Economics* (Hinrichs' trans. 1927) §20, “*O Problema da Atribuição de Rendimentos*”. As dificuldades em medir os efeitos precisos dos gastos com publicidade no volume de vendas e nos preços são tratadas em Smith, *The Imputation of Advertising Costs* (1935) 45 *Economic Journal* 682.

⁶⁴ 9 Exch. 341 (1854). Os problemas envolvidos no caso são analisados de forma penetrante em McCormick, *Damages* (1935) §§138-141.

certas rubricas indenizatórias devem ser reparadas é questionar se eles deveriam ter sido previstos pelo promitente no momento da celebração do contrato. O primeiro aspecto do caso é muito mais importante do que o segundo. Em seu primeiro aspecto, o caso guarda uma relação integral com as próprias bases da responsabilidade contratual. Com efeito, o julgado estabelece que, assim como é prudente recusar totalmente a aplicação de algumas promessas (promessas sem consideração, não aceitas, “sociais” etc.), também é prudente não ir muito longe na execução dessas promessas que são passíveis de sanção jurídica. A resposta à pergunta de *Hadley v. Baxendale* (onde devemos parar?) deve, inevitavelmente, ser tão complexa quanto a resposta à pergunta (por onde devemos começar?) que está implícita na lei do consentimento mútuo, da contraprestação, e nas regras que regem a formação de contratos em geral.

Em seu segundo aspecto, *Hadley v. Baxendale* pode ser considerado como capaz de fornecer uma resposta extremamente simplificada à pergunta que seu primeiro aspecto apresenta. À pergunta de até onde se deve ir na cobrança do promitente inadimplente pelas consequências de seu inadimplemento, o caso responde com o que se pretende ser um teste único, o da previsibilidade. A simplicidade e a abrangência deste teste são, em grande parte, uma questão de ilusão. Em primeiro lugar, ele é abertamente considerado como inadequado em certas situações em que a linha é desenhada muito mais a favor do promitente inadimplente do que o teste de previsibilidade, como usualmente compreendido, a desenharia.⁶⁵ Há, portanto, exceções ao teste – isso, para não mencionar as autoridades que o rejeitam completamente por ser muito oneroso para o inadimplente.⁶⁶ Em segundo lugar, é evidente que o teste de previsibilidade é menos um teste definitivo em si do que uma cobertura para um conjunto de testes em desenvolvimento. Como em todos os padrões do “homem razoável”, há um elemento de circularidade sobre o teste de previsibilidade. “Por quais rubricas indenizatórias o julgador deve responsabilizar o promitente inadimplente? Aquelas que ele, como um homem razoável, deveria ter previsto. Mas o que ele deveria ter previsto como um homem razoável? Aquelas rubricas indenizatórias as quais o julgador considera que ele deve pagar”. O teste de previsibilidade está, portanto, sujeito à manipulação pelo simples expediente de definir as características do homem hipotético que está fazendo a previsão. Por um processo gradual de inclusão e exclusão judiciais, este “homem” adquire uma personalidade complexa; inicia-se conhecendo exatamente o que “ele” pode “prever” nesta e naquela situação, e termina-se não com um teste, mas com todo um conjunto de testes. Obviamente, isso aconteceu

⁶⁵ McCormick, *Damages* (1935) §139.

⁶⁶ Ver McCormick, *Damages* (1935) §141.

no direito da negligência, e está acontecendo, embora menos evidentemente, com o homem razoável postulado por *Hadley v. Baxendale*.

Mesmo que o homem razoável que realiza a previsão seja uma construção jurídica, dotada precisamente daquelas qualidades que o tribunal considera que ele deveria ter para o propósito em questão, não parece que exista uma *petitio principii* completa no teste de previsibilidade. Quando se importa, para uma questão de responsabilidade, o padrão do “homem razoável”, fazem-se pelo menos duas coisas. Em primeiro lugar, aumenta-se a probabilidade de o caso ser julgado, definitivamente, pelo júri. Embora o tribunal possa definir o homem razoável, não se pode ter certeza de que sua definição será considerada pelo júri, e qualquer teste que mencione o homem razoável diminui a chance do tribunal de retirar o caso do júri. Em segundo lugar, se o caso é definitivamente decidido seja pelo juiz seja pelo júri, conceber o problema em termos do homem razoável cria um viés a favor da isenção de penalidades legais da conduta *normal* ou *média*. O homem razoável não é necessariamente o homem médio, mas tende a ser, e a noção do que é normal e médio põe um freio no poder do julgador de definir a razoabilidade. Mas a restrição está longe de ser completa. Ela se torna ilusória naquelas situações em que os conceitos “normal” e “médio” não possuem conteúdo definido; onde o “homem médio” é tanto uma construção jurídica quanto o “homem razoável”. A restrição é frequentemente abandonada, inclusive nas searas em que – por conta da circunstância de que nelas são descobertos modos de pensamento e ação bastante definidos – a noção de “normal” e “médio” tem alguma realidade objetiva. Os tribunais não hesitaram em investir o homem razoável com capacidades, maiores ou menores, do que as do homem médio. Para um exemplo dessa autonomia judicial no reinado de fato, não é necessário olhar além do caso que originou o teste de previsibilidade, *Hadley v. Baxendale* em si.⁶⁷

Lá se vão as implicações gerais do caso *Hadley v. Baxendale*. A discussão sobre a relação entre esse caso e o interesse negativo se relaciona com dois problemas distintos. Em primeiro lugar, assumindo que é prudente evitar impor uma penalidade muito pesada por inadimplemento de contrato, existem casos em que o interesse negativo pode ser substituído pelo interesse positivo como medida de reparação de danos, a fim de se reduzir a indenização? Nesse aspecto, a questão é se é possível que o interesse negativo sirva como uma espécie de substituto para o teste de *Hadley v. Baxendale*. Em segundo lugar, o que dizer do problema de *Hadley v. Baxendale* já que ele surge dentro do próprio interesse negativo?

⁶⁷ “Assim, em *Hadley v. Baxendale* em si, o transportador foi informado sobre o uso a que o eixo quebrado seria colocado e que o moinho seria desligado, mas foi considerado que isso não era suficiente, já que não foi informado que outro eixo não estava disponível!” McCormick, *Damages* (1935) §140.

Deve-se recusar a conceder indenização por atos de confiança quando eles não são “imediatamente causados” pelo contrato, ou não foram “razoavelmente previsíveis” pelo promitente? Discutir-se-ão essas questões na ordem apresentada.

Em seu artigo pioneiro sobre *culpa in contrahendo*, Ihering sugeriu que o interesse negativo (em sua terminologia, o “interesse negativo”) deveria ser a medida adequada de reparação em uma série de situações, referidas como contratos “não chegados à perfeição”.⁶⁸ Por exemplo, em casos em que há uma má compreensão em relação aos termos do contrato e, conseqüentemente, aplicando uma teoria “subjéctiva” do consentimento mútuo, chega-se à conclusão de que não existiria um contrato perfeito ou completo, mas pode-se concluir que a má compreensão ocorreu por culpa de uma das partes, ou que o risco de má compreensão foi criado pela conduta de uma das partes. Nessa situação, pode ser justo impor à parte culpada, ou cuja conduta ensejou o risco de má compreensão, a responsabilidade, para indenizar a parte “inocente” por qualquer mudança real de posição na confiança do contrato aparentemente perfeito.⁶⁹ Aqui se para no meio do caminho entre a responsabilidade contratual completa (interesse positivo) e uma negação total de responsabilidade. Nesse aspecto, o interesse negativo tem uma semelhança com *Hadley v. Baxendale*, como um compromisso entre o não cumprimento e o cumprimento completo, mas muito oneroso, da promessa.

Na segunda parte deste trabalho, discutir-se-á uma série de casos nos quais os tribunais americanos restringiram a reparação do interesse negativo, talvez, principalmente, por sentirem que a imposição de responsabilidade pelo interesse positivo estaria indo longe demais. Esses casos representam uma espécie de meio termo entre a ausência de contrato e um contrato “completo”. Certamente, casos desse tipo não são normalmente considerados como tendo qualquer relação especial com o problema do caso *Hadley v. Baxendale*. Entretanto, isso acontece porque os dois aspectos desse caso, distinguidos acima, são confusos, e o teste de previsibilidade é permitido para ocultar a implicação mais fundamental do caso, que é a de que não é prudente impor conseqüências muito onerosas pelo inadimplemento contratual.

⁶⁸ *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (1860), publicado em 1 Ihering, *Gesammelte Aufsätze* (1881) 327-425. A declaração em 1 Williston, *Contracts* (1920) §60a, e a insinuação a ser derivada da combinação de §60AA e §63A de 1 Williston, *Contracts* (2d ed. 1936), de que Ihering considerava esta responsabilidade como fundada em delicto civil, é incorreta. De fato, Ihering dedicou uma parte considerável de seu artigo para mostrar que a responsabilidade deve ser considerada como contratual.

⁶⁹ A sugestão de Ihering quanto a esta situação foi adotada pelo Código Civil alemão, §1-2, e pelo Código de Obrigações suíço, §26. O Código suíço, no entanto, dá ao juiz a discricionariedade de aumentar os danos além do interesse negativo (presumivelmente ao interesse positivo) se isso “corresponder à equidade”.

Ao lidar com o problema do caso *Hadley v. Baxendale* no que diz respeito ao próprio interesse negativo, é necessário relembrar a distinção feita entre confiança essencial e confiança incidental. No que diz respeito à confiança essencial, geralmente não há razão para negar a indenização por rubricas “remotas”, e o problema do caso *Hadley v. Baxendale* normalmente não oferece nenhuma dificuldade. Aplicando o teste de previsibilidade, não se hesitaria em dizer que o inadimplente deveria ter previsto que o requerente realizaria os atos necessários para executar seus direitos previstos contratualmente. Além disso, a limitação da reparação pelo preço total do contrato é uma limitação suficientemente drástica para dispensar a necessidade de qualquer outro mecanismo para reduzir a reparação.⁷⁰

Quanto à confiança incidental, a hipótese é totalmente diferente. Aqui, a limitação da reparação pelo preço total do contrato é, normalmente, inadequada. Sendo a definição deste tipo de confiança puramente negativa (consiste naqueles atos de confiança que não são “essenciais”), há a necessidade de alguma outra limitação à reparação. Seria impossível lidar adequadamente nessa seara com as formas pelas quais os tribunais resolveram este problema. Aqui, como em qualquer outro lugar, a conversa é principalmente de previsibilidade e aviso prévio.⁷¹ Aqui, como em qualquer outro lugar, há uma série de razões para suspeitar que os tribunais são influenciados por fatores que não se relacionam com a previsibilidade. É particularmente evidente a existência de um impulso para preservar alguma proporção entre a responsabilidade imposta ao requerido e a indenização que lhe foi paga nos termos do contrato.⁷² Também se observa que as rubricas geralmente

⁷⁰ Nos casos em que o interesse positivo bruto é muito especulativo para servir como uma limitação significativa na reparação, o problema de *Hadley v. Baxendale* pode surgir quanto à confiança essencial. Em *Williams v. Barton*, 13 La. 404 (1838), o requerente desistiu de uma prática jurídica lucrativa a fim de entrar em um empreendimento comercial com o réu. O tribunal negou o reembolso pela perda da prática do requerente com o fundamento de que não foi uma perda causada pela brecha do réu – uma objeção suficientemente ampla para excluir o interesse negativo da consideração em qualquer caso. No entanto, uma vez que o interesse positivo era muito conjectural aqui para oferecer uma limitação significativa na reparação, é provável que um tribunal disposto em geral a conceder reembolso por interesse negativo prejudicial descobrisse que não havia aqui uma conexão “causal” suficiente entre a perda e o contrato, e negasse o reembolso por esse motivo. *Woodbury v. Jones*, 44 N. H. 206 (1862), é um caso semelhante sobre seus fatos e sua detenção.

⁷¹ *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); *Bernhard v. Curtis*, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); *Security Stove Security Stove & Mfg. Co. v. Ry. Americana. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 51 S. W. (2d) 572 (1932); *Price v. Eisen*, 31 Misc. Rep. 547 64 N. Y. Sup. 405 (1900); *Schatzinger Realty Co. v. Stonehill*, 19 Ohio C. C. (N. s.) 403 (1912); *Shaboub v. De Lacie*, 59 S. W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N. W. 952 (1904).

⁷² O fato de os benefícios máximos decorrentes do contrato por parte do réu serem muito pequenos em comparação com a responsabilidade que se pretendia impor a ele foi expressamente declarado como base para negar a isenção solicitada na *Rochester Lantern Co. v. Stiles & Parker Press Co.*, 135 N. Y. 209, 31 N. E. 1018 (1892), e foi sem dúvida um fator importante se latente no *Price v. Eisen*, 31 Misc. Rep. 457, 64 N.Y. Sup. 405 (App. Term 1900), e *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913).

recusadas tendem a cair em classes bastante definidas. Assim, quando o inadimplemento do requerido impossibilita o empreendimento de um negócio planejado pelo requerente, percebe-se uma tendência a negar a indenização por quantias pagas pelo requerente aos funcionários,⁷³ enquanto os custos de mudança e perdas de mercadorias são permitidos com bastante regularidade.⁷⁴

O interesse negativo na reformulação de contratos

A distinção realizada entre os três “interesses contratuais” – os interesses de restituição, positivo e negativo – não se encontra na Reformulação de Contratos. O esquema classificatório desse trabalho admite apenas dois procedimentos para lidar com o inadimplemento contratual. Um tribunal pode buscar conferir ao requerente o valor do interesse positivo na forma de indenização ou de execução específica, ou pode conceder ao requerente a restituição. Não há *tertium quid*. Essa simplificação do problema seria recomendável se realmente “funcionasse”. Infelizmente, não funciona. Pelo contrário, não só faz com que a Reformulação transmita uma impressão enganosa do direito existente, mas gera confusão dentro do próprio sistema da Reformulação, particularmente quanto ao tema da restituição.

No Comentário à Seção 347, afirma-se que: “Ao conceder a restituição como solução para a violação ... o objetivo a ser alcançado é o restabelecimento do lesado para uma posição tão boa quanto a ocupada por ele antes da celebração do contrato”. Essa passagem torna a restituição estranhamente semelhante ao reembolso por confiança prejudicial, particularmente porque no mesmo contexto a restituição contrasta com outro propósito do direito contratual que é o de “colocar o lesado em uma posição tão boa quanto ocuparia se o contrato tivesse sido plenamente adimplido pelo requerido”. Qualquer esperança, entretanto, de que a “restituição” da Reformulação possa ser ampla o suficiente para cobrir o interesse

⁷³ *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R. R. Co.*, 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855); *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dotson*, 164 Va. 203, 178 S. E. 777 (1935); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N. W. 952 (1904). O reembolso das somas pagas aos funcionários foi, no entanto, concedido em *Douglas v. Guardian Holding Corp.*, 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896); *Walter Box Co. v. Blackburn*, 157 S. W. 220 (Tex. Civ. App. 1913). Parece existir também uma relutância em conceder reembolso pela perda envolvida na desistência de um negócio em função do contrato. *Schnierow v. Boutagy*, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); *Williams v. Barton*, 13 La. 404 (1838) (“confiança essencial”); *Woodbury v. Jones*, 44 N. H. 206 (1862) (“confiança essencial”); *Greer v. Varnell*, 27 Tex. Civ. App. 255, 65 S. W. 196 (1901). O reembolso por tal perda foi, no entanto, concedido em *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); e em *Shaboub v. De Lacie*, 59 S. W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933) o requerente foi autorizado a se recuperar pela perda envolvida na desistência de um emprego com base em um contrato do réu para alugar um posto de abastecimento que o requerente planejava operar.

⁷⁴ Ver nota 65 *supra*.

negativo é desfeita pelas disposições expressas da Seção 348 e pela descrição anterior e muito mais precisa do remédio previsto no comentário à Seção 326, que a descreve em termos de um esforço “para conseguir a restituição em valor de uma execução feita pelo requerente e recebida pelo requerido”. A discrepância nestas descrições de restituição e, particularmente, a identificação (sem dúvida, não intencional) dos interesses de restituição e negativo na primeira passagem citada é sintomática de uma suposição subjacente a todo o tratamento da indenização contratual na Reformulação: a de que o reembolso por confiança prejudicial em uma promessa não pode, por si só, ser objeto adequado de preocupação judicial.⁷⁵

Por mais que essa suposição possa ser observada de modo intransigente nas passagens teóricas dos Comentários, pode parecer que as disposições da Seção 333 marcam um desvio em relação a ela. Esta seção prevê o reembolso do requerente por suas despesas “razoavelmente feitas na execução do contrato ou na preparação necessária para tanto”. Para um não iniciado na sistemática da Reformulação, isso pode parecer um reconhecimento bastante abrangente do interesse negativo. No entanto, mesmo aqui o alívio, embora reconhecidamente um tanto excepcional, é trazido dentro da cobertura do interesse positivo. “Um julgamento por tais despesas, portanto, é um julgamento por uma parte do valor prometido pelo requerido, cujo recebimento pelo requerente é impedido pelo inadimplemento”.⁷⁶ Não há razão para divergir dessa indisputável, embora certamente seja tendenciosa. Há, no entanto, muitos motivos para se sentir perturbado por suas implicações negativas. Parece reforçar a inferência (já justificada no princípio *expressio unius est exclusio alterius*) a circunstância de que a Seção 333 pretende excluir de um contrato todos aqueles tipos de confiança que não assumam a forma de despesas “feitas na execução do contrato ou na preparação necessária para ele”.

Se tratar-se a Seção 333, como parece ser necessário, não como meramente ilustrativa, mas como uma enumeração exclusiva dos tipos de confiança que são compensáveis, qual é a base para a limitação que ela contém? Por que os “gastos”

⁷⁵ Ao fazer esta suposição, a Reformulação, naturalmente, segue a análise da maioria dos textos legais, os quais preservam, sem dúvida por sua conveniência pedagógica, uma nítida distinção entre contrato e ato ilícito. O Professor Williston é particularmente impaciente com qualquer tentativa de importar para o direito contratual o que o Professor Gardner (*supra*, nota 37, aos 22 anos) chama de “princípio do delito civil”, ou seja, o princípio de que deve ser concedida uma compensação por confiança prejudicial. Mesmo os casos de concessão de reembolso por confiança que consiste na execução do contrato que ele considera, em um lugar (3 Williston, Contracts (1920) §1341) como “difíceis de explicar satisfatoriamente”, em outro (§1455) como “errôneo”, e em qualquer caso (§1340) como “exceções” ao “princípio geral” (deve-se notar, entretanto, que foi o Professor Corbin, e não o Professor Williston, quem elaborou as seções de Reformulação relativas aos danos).

⁷⁶ Restatement, Contracts §333, comentário a.

na esperança do contrato a serem reparados devem consistir na execução do contrato ou em preparativos para a execução? Certamente, essa limitação não deve ser derivada dos casos. É verdade que há muitos casos que “apoiam” a Seção 333, no sentido de que foram concedidos reembolsos por despesas feitas na execução de um contrato ou na preparação para executá-lo. Mas eles são inocentes de todas as insinuações, exceto as mais vagas, que são apenas tais despesas que são reparadas. Por outro lado, há uma série de casos em que os tribunais concederam indenização pela confiança que não consistiu no “cumprimento do contrato ou preparação necessária para ele”. Além de um extenso grupo de casos diversos,⁷⁷ é possível identificar especialmente duas situações comumente recorrentes em que esse tipo de concessão parece tão firmemente estabelecida quanto o uso judicial longo pode estabelecer um remédio: (1) os numerosos casos de

⁷⁷ *Casos de concessão de reembolso para despesas feitas em antecipação à chegada das mercadorias entregues ao réu para expedição*: Gray v. Wabash Ry. Co., 220 Mo. App. 773, 277 S. W. 64 (1925); Security Stove & Mfg. Co. v. Ry. Americana. Express Co., 227 Mo. App. 175, 51 S. W. (2d) 572 (1932); Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R. R. Co., 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855). *Casos de reembolso de despesas na preparação para receber e utilizar os bens cujo fornecimento o réu havia contratado*: Sperry e Hutchinson Co. v. O'Neill-Adams Co., 185 Fed. 231 (C.C.A. 2d, 1911); Grosse v. Petersen, 30 Cal. App. 482, 158 Pac. 511 (1916); Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co., 90 Mich. 147, 51 N. W. 197 (1892). *Casos diversos*: Cohn v. Bessemer Gas Engine Co., 44 Cal. App. 85, 186 Pac. 200 (1919) (o requerente, que havia comprado um motor do réu para operar uma bomba de irrigação, recuperou, *entre outros*, o reembolso do custo de plantio da semente de alfafa quando o motor não funcionou satisfatoriamente e a colheita foi perdida); Dean v. White & Haight, 5 Iowa 266 (1857) (o réu violou um contrato para montar uma serraria para o requerente; o requerente foi autorizado a se recuperar das despesas incorridas na aquisição de um motor e caldeira para operar a fábrica); Paola Gas Co. v. Paola Glass Co., 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896) (o réu quebrou um contrato de fornecimento de gás para uma fábrica de vidro, foi concedido ao requerente, *entre outros*, o reembolso do custo de transporte de mão de obra qualificada para operar a fábrica); American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros., 68 Misc. Rep. 334, 123 N. Y. Sup. 879 (1910) (o requerente concedeu reembolso das despesas incorridas na preparação para participar de uma exposição cujo fornecimento o réu havia contratado); Schatzinger Realty Co. v. Stonehill, 19 Ohio C. C. (n.s.) 403 (1912) (vendedor permitiu recuperar somas pagas a um arquiteto e um empreiteiro em antecipação à construção de um edifício no terreno cuja transmissão o réu havia contratado); Martin v. Seaboard Air Line Ry., 70 S. C. 8, 48 S. E. 616 (1904) (o tribunal decidiu que no caso de uma “violação final e completa” pelo réu de seu contrato para construir um esporão para o requerente, o requerente tem o direito de recuperar o reembolso do custo da mudança de sua serraria para o local do esporão prometido). Em *O Povo ex rel Burnham v. Flynn*, 189 N. Y. 180, 186, 82 N. E. 169, 171 (1907), há um ditame segundo o qual o comprador de um bilhete cuja entrada no teatro tenha sido negada pode recuperar o reembolso de suas despesas incorridas para poder assistir ao espetáculo (tarifa de táxi?). Na maioria dos casos citados neste e nas duas notas seguintes, a objeção de que a indenização só pode ser medida pelo interesse positivo foi rejeitada pelo tribunal de forma muito sumária. Talvez a discussão mais extensa sobre o assunto esteja em *Security Stove & Mfg. Co. v. Ry. Americana. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 182, 51 S. W. (2d) 572, 576 (1932). “O réu alega que o requerente “está se esforçando para conseguir o retorno do status quo em uma ação baseada em uma quebra de contrato. Em vez de procurar recuperar o que ele teria tido, se o contrato não tivesse sido quebrado, o requerente está tentando recuperar o que ele teria tido, se nunca tivesse havido qualquer contrato de expedição [...] Sem dúvida, a regra geral é que quando há uma quebra de contrato a parte que sofre a perda pode recuperar apenas o que teria tido, se o contrato não tivesse sido quebrado. Mas esta é apenas uma afirmação geral da regra e não é inconsistente com as holdings que, em alguns casos, a parte lesada pode recuperar as despesas incorridas ao confiar no contrato, embora tais despesas tivessem sido incorridas se o contrato não tivesse sido violado”.

garantia de sementes que concedem ao comprador frustrado o reembolso de seus custos de plantio e cultivo;⁷⁸ e (2) casos envolvendo contratos de arrendamento de instalações para fins comerciais, onde o potencial arrendatário a quem é negada a posse recebe reembolso por perdas sofridas na colocação em um estoque de mercadorias, por seus custos de mudança e, em geral, por gastos próprios.⁷⁹ Certamente seria difícil (embora aparentemente na Geórgia não seria impossível)⁸⁰ inserir os itens de confiança envolvidos nesses casos na noção de “cumprimento do contrato ou preparativos necessários para ele”.

Alguma outra seção da Reformulação oferece a esses casos de “confiança incidental” a guarida que a Seção 333 os nega? (Pois será observado que o efeito prático da limitação na Seção 333 é excluir o que se chama de “confiança incidental” e limitar o reembolso à “confiança essencial”). A esperança em tal abrigo pode, a princípio, derivar da linguagem ampla da Seção 329, que estabelece que a indenização contratual será concedida pelo “montante líquido das perdas causadas e dos ganhos evitados pelo inadimplemento do requerido”. O termo “perdas

⁷⁸ (Estamos em dívida com as diversas anotações do estado à Reformulação para assistência na busca dos casos indicados por um asterisco nesta nota e na nota 65 *supra*, todas citadas, sem comentários, como apoiando §333).

Ferris v. Comstock, Ferre & Co., 33 Conn. 513 (1866); Vaughan's Seed Store v. Stringfellow, 56 Fla. 708, 48 So. 410 (1909); Butler v. Moore, 68 Ga. 780 (1882); Crutcher & Co. v. Elliott, 13 Ky. Law Rep. 592 (1892); Moorhead v. Minneapolis Seed Co., 139 Minn. 11, 165 N. W. 484 (1917); Lundquist v. Jennison, 66 Mont. 516, 214 Pac. 67 (1923); Reiger v. Worth Co., 127 N. C. 230, 37 S. E. 217 (1900). A única referência aos casos de garantia de sementes na Reformulação está na quarta ilustração ao §331, que indica que o comprador pode recuperar os lucros cessantes “se sua evidência der uma base suficiente para estimá-lo”. Nada é dito sobre o que acontece quando as provas não são suficientes para este fim.

⁷⁹ Schnierow v. Boutagy, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); Douglas v. Guardian Holding Corp., 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); Bernhard v. Curtis, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); Musial v. Kudlick, 87 Conn. 164, 87 Atl. 551 (1913); Koneman v. Seymour, 176 Ill. App. 629 (1913); Tidwell v. Meyer Bros., 160 La. 778, 107 So. 571 (1926); Narragansett Amusement Co. v. Riverside Park Amusement Co., 260 Mass. 265, 157 N. E. 532 (1927); Driggs v. Dwight, 17 Wend. 71 (N. Y. 1837); Giles v. O'Toole, 4 Barb. 261 (N. Y. 1848); Walter Box Co. v. Blackburn, 157 S. W. 220 (Tex. Civ. App. 1913); Texas Power & Light Co. v. Roberts, 187 S. W. 225 (Tex. Civ. App. 1916); Shaboub v. De Lacie, 59 S. W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); Gross v. Heckert, 120 Wis. 314, 97 N. W. 952 (1904); Nurse v. Barns, T. Raym. 77 (1664); ver Hodges v. Batatas fritas, 34 Fla. 63, 74, 15 So. 682, 685 (1894). Mas *cf.* Rodes v. Baird, 16 Ohio St. 573 (1866).

⁸⁰ Quase idêntico em seu efeito com a disposição principal do §333 da Reformulação é o §20-1414 do Código da Geórgia (1933) que diz: “Qualquer despesa necessária que uma das duas partes contratantes incorra no cumprimento do contrato pode ser recuperada como danos”. Em Butler v. Moore, 68 Ga. 780, 783 (1882), um caso em que o requerente tinha comprado sementes para seu próprio uso, o tribunal disse: “[...] se as sementes não tivessem valor, a medida dos danos seria o dinheiro da compra com juros e qualquer despesa incorrida no cumprimento do contrato após a mesma ter sido firmada, como o *arrasto da semente, a preparação das terras para o plantio, a sementeira e a rolagem da dita semente* [...]” (grifos nossos). Certamente aqui foi uma lição de objeto para aqueles que redigiram o §333! Se os tribunais alguma vez se desenvolverem em direção à Reformulação a mesma deferência traiçoeira que exibem em relação aos códigos, talvez possamos esperar ver o §333 torturado de maneira semelhante. A seção 333, entretanto, apresenta um obstáculo ao engenho judicial que falta no Código da Geórgia, na forma de uma limitação de reparação pelo “preço total do contrato”. É difícil imaginar como o alívio concedido em *Butler v. Moore* teria sido possível com tal limitação.

causadas pela violação do requerido” pode parecer suficientemente amplo para incluir qualquer tipo de confiança prejudicial, qualquer que seja sua natureza. Entretanto, a esperança de que esse termo possa funcionar como uma garantia geral para o interesse negativo deve ter curta duração. O comentário à Seção 333 declara que as despesas feitas pelo requerente na execução do contrato não podem ser consideradas como “perdas causadas pela violação do requerido”.⁸¹ Se tais despesas não são perdas causadas pelo inadimplemento, então certamente outros tipos de confiança prejudicial não o são. Aparentemente, o termo “perdas causadas”, como utilizado na Seção 329, longe de ser idêntico com confiança prejudicial, pretende apenas incluir aqueles casos em que o inadimplemento do contrato causa algum dano direto, como quando uma vaca garantida como livre de doenças infecta o rebanho do comprador. As ilustrações da Seção 329 implicam tanto quanto isso.

Então, a conclusão deve ser que o reembolso por confiança que não consista na execução do contrato ou nos preparativos para a execução está excluído da Reformulação. É excluído de sua teoria, de suas disposições expressas e de suas ilustrações.⁸² É excluído não simplesmente no sentido de que não recebe nenhum reconhecimento explícito. Isso seria compreensível; uma negligência de nuances no tratamento judicial é inevitável na tentativa de reduzir para vinte seções toda a lei de indenização. É excluído no sentido de que a sistemática da Reformulação não deixa nenhuma lacuna através da qual ele possa ingressar. Não só não é convidado para a festa, mas as portas estão barradas contra sua intrusão.

Mencionou-se que o reembolso por confiança “incidental” está excluído das ilustrações da Reformulação. Isso é quase, mas não é bem verdade. Talvez não haja demonstração mais surpreendente da artificialidade da restrição imposta na Seção 333 do que o fato de que ela parece ter sido ignorada em duas das ilustrações dadas sob essa seção. Na quinta ilustração, A transfere lotes para B em troca da promessa de B de construir um hotel neles. A, então, paga USD 5.000 a um arquiteto por planos para o hotel. Em caso de inadimplemento por B, essa despesa é considerada como indenizável. Esse foi um ato de A que consistiu “na execução do contrato ou ... na preparação necessária para o mesmo”? Se assim for, não há nada na ilustração que indique que foi.

⁸¹ Comentário *a*. Ver também os casos citados na nota 56 *supra*.

⁸² Paola Gas Co. v. Paola Glass Co., 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896), um caso em que o réu, por não ter cumprido seu contrato de fornecimento de gás, que foi feito em vão pelo requerente para uma fábrica de vidro, serve duas vezes como ilustração na Reformulação. Ver §329, a sexta ilustração; e §331, a sexta ilustração da subseção (1). Em ambas as ilustrações, a discussão depende inteiramente do problema de provar os lucros esperados das operações da fábrica, enquanto que, no caso real, os lucros esperados foram rejeitados por serem conjecturáveis demais e o reembolso foi concedido para os custos envolvidos no estabelecimento da fábrica. Escusado será dizer, *Gas v. Glass* não reaparece como uma ilustração ao §333.

A sétima ilustração é baseada em *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*⁸³ Nesse caso, o requerido celebrou contrato para vender óleo ao requerente a ser entregue na fábrica do vendedor. O requerente enviou seus carros tanque para buscar o óleo. Em função do inadimplemento pelo requerido, o requerente solicitou o reembolso do frete pago por esses veículos. Não há nenhum indício na discussão da ilustração de que isso não poderia ser considerado como um ato de confiança compensatório dentro da Seção 333. Mas fazia parte da execução do contrato pelo requerente o fato de ele enviar carros a distância? Como disse o Ministro Holmes no caso, "... é óbvio que o requerente estava livre para trazer seus tanques de onde quisesse, – a milhares de quilômetros de distância ou de um pátio adjacente, – no que diz respeito ao contrato".⁸⁴ É claro que se poderia dizer que, no envio de seus tanques, o requerente se preparava para executar "seu contrato para receber o óleo" e que, dadas as circunstâncias, como os carros não estavam em um "pátio adjacente", enviar os carros a distância era um ato de preparação necessário. Mas onde se encontra a linha a ser traçada? Foi o requerente em *Nurse v. Barns*,⁸⁵ preparando-se para cumprir seu contrato de arrendamento, quando ele comprou um estoque de bens, com base na teoria de que só através desse ato ele poderia ganhar o dinheiro para pagar seu aluguel?

As questões que agora levantadas revelam o fato de que a limitação da Seção 333 não só não reflete com exatidão a lei, mas que ela sofre de uma ambiguidade, ou melhor, de uma série de ambiguidades. A dificuldade de decidir quão intimamente ligado um ato deve estar à "execução do contrato" antes que possa ser considerado como "preparação necessária para tal" acabou de ser mencionada. Mas existem outras dificuldades tão complexas quanto essa. O termo "execução do contrato" implica que o próprio requerente deve ter estado sob um dever? Se assim for, então a Seção 333 está limitada a contratos bilaterais, e as despesas feitas com base em uma oferta para um contrato unilateral são excluídas. A Seção 333 exclui a medição da indenização pela quantidade de confiança prejudicial no caso de promessas exequíveis feitas pela Seção 90? Quanto a tais promessas, o termo "execução" é certamente inapropriado. O sobrinho em *Devcmon v. Shaw*⁸⁶ não estava "executando" nada; ele estava apenas confiando em uma promessa. No entanto, é precisamente em relação a tais promessas que muitas vezes é sábio limitar a reparação ao interesse negativo.

⁸³ 190 U. S. 540 (1903), discutido *supra* p. 83.

⁸⁴ *Id.* a 545.

⁸⁵ T. Raymond 77 (1664), discutido *supra* p. 77.

⁸⁶ 69 Md. 199, 14 Atl. 464 (1888). Deve-se observar que, no que diz respeito à restituição, a Reformulação prevê expressamente os casos deste tipo. §347 (1) (b).

Como parece haver tão pouco para justificar uma exclusão da confiança incidental da compensação, a pergunta final deve ser: por qual razão a Seção 333 foi redigida exclusivamente em termos de “execução do contrato” e “preparativos necessários” para realizar? Provavelmente há muitas razões. Em primeiro lugar, tal confiança, que é aproximadamente equivalente ao que se chama de “confiança essencial”, pode ser trazida dentro do conceito de interesse positivo. Ela pode ser inserida em um sistema que exclui o reembolso por confiança prejudicial dos objetos legitimamente perseguidos pela lei contratual. Não teria sido tão fácil lidar com a “confiança incidental” da mesma forma. Em segundo lugar, os casos que envolvem reparação para despesas de execução ou preparativos para execução são os mais facilmente classificados dos casos que concedem reembolso por confiança. Por esse motivo, eles formam o tema de seções especiais nos textos e compilações.⁸⁷ Os casos que envolvem outros tipos de confiança têm sido tratados de forma menos sistemática. Eles podem ser encontrados sob títulos tão enganosos como “Não há reparação por lucros perdidos”, tendo o anotador negligenciado em mencionar que *há* reparação por esforços perdidos. Em terceiro lugar, duas das limitações impostas na Seção 333 teriam sido, no estado atual, inapropriadas como aplicadas à confiança incidental. Essas são a subseção (b), que trata do problema da dupla reparação, e a subseção (a), que prevê que a reparação total não pode, em caso algum, exceder “o preço total do contrato”. (Deve-se observar que a limitação da subseção (a) acaba com qualquer esperança de que, por uma interpretação ampla de “execução” e “preparativos para executar”, os tribunais possam, dentro da estrutura da Seção 333, ser capazes de fazer provisões adequadas para o reembolso da confiança incidental). Finalmente, pode ter havido um sentimento de que, se a confiança compensatória fosse muito ampla, a dificuldade de *Hadley v. Baxendale* se tornaria incompreensivelmente apurada. Deve-se admitir que há uma dificuldade real aqui, mas a Seção 333 parece ser uma cura muito simples e drástica demais para ela.

A discussão sobre a Reformulação até agora se relacionou inteiramente com seu fracasso em levar em conta a “confiança incidental”. Mesmo quanto à “confiança essencial”, deve-se notar, contudo, que a Reformulação transmite uma impressão enganosa da jurisprudência. Na discussão sobre o problema de *Hadley v. Baxendale*, referiu-se a casos em que os tribunais restringiram deliberadamente a reparação ao interesse negativo, mesmo onde o interesse positivo poderia ser facilmente comprovado. Esses casos não encontram eco na Reformulação. A seção 333 é redigida em termos da opção do requerente, e o único obstáculo para uma

⁸⁷ Título “Damages” em 17 C. J. §126, e 8 R. C. L. §56; 3 Williston, Contracts (1920) §1341; 6 Page, Contracts (2d ed. 1922) §3208.

reparação do interesse positivo que reconhece é a dificuldade da prova. Na segunda parte desse trabalho, será demonstrado que em algumas situações outro obstáculo muito formidável pode ser encontrado na forma de uma determinação judicial para limitar a tutela jurídica ao interesse negativo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FULLER, Lon Luvois; PERDUE JR., William R. O interesse negativo na responsabilidade civil contratual. Tradução de Pedro Machado Bezerra e Michel Glatt. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 2, p. 181-226, abr./jun. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.02.008.

Recebido em: 27.04.2023

Aprovado em: 27.04.2023