

ALFREDO AURÉLIO PARADA FRANCH

**COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS CONTRATOS NO BRASIL E
NO *COMMON LAW* DOS EUA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Paraná como requisito à conclusão do
curso de graduação.**

Orientador: Prof. Paulo Nalin

CURITIBA

2004

ALFREDO AURÉLIO PARADA FRANCH

**COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS CONTRATOS NO BRASIL E
NO *COMMON LAW* DOS EUA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Paraná como requisito à conclusão do
curso de graduação.**

Orientador: Prof. Paulo Nalin

CURITIBA

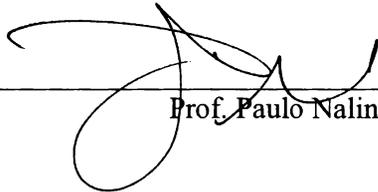
2004

TERMO DE APROVAÇÃO

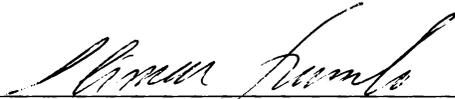
ALFREDO AURÉLIO PARADA FRANCH

COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS CONTRATOS NO BRASIL E NO
COMMON LAW DOS EUA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em direito, do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, para a seguinte banca examinadora:



Prof. Paulo Nalin



Prof. Elimar Szaniawski



Prof. César Seleme

Sergio

Curitiba, 27 de outubro de 2004

Dedicatória

À minha família, fonte de amor e inspiração.

Agradecimentos

Aos Professores José Antonio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo pelo apoio e estímulo ao conhecimento da matéria, ao Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy pela inestimável contribuição em relação às fontes e ao amigo João Caputo e Oliveira pelo apoio técnico gentilmente oferecido.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 SOBRE O DIREITO COMPARADO	3
2.1 Considerações Iniciais	3
2.2 Sobre sistemas jurídicos, ordenamentos e famílias de direito.	4
3 FUNDAMENTO ECONÔMICO	9
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS DE DIREITO	15
4.1 A Família Romano-Germânica	15
4.1.1 Estrutura dos direitos na família romano-germânica	17
4.1.2 Fontes do direito na família romano-germânica	19
4.2 A Família do <i>Common Law</i>	21
4.2.1 O <i>Common Law</i> nos Estados Unidos da América do Norte	25
4.2.2 Estrutura dos direitos no <i>Common Law</i> norte-americano	27
4.2.3 As fontes de direito no <i>Common Law</i> norte-americano	30
5 O INSTITUTO JURÍDICO DO CONTRATO	35
6 O DIREITO DOS CONTRATOS NO BRASIL	40
6.1 Introdução	40
6.2 Terminologia	41
6.3 Princípios que regem os contratos no ordenamento jurídico brasileiro	41
6.3.1 Princípio da autonomia da vontade – princípio da autonomia privada	42
6.3.2 Princípio da força obrigatória dos contratos	45
6.3.3 Princípio da boa-fé contratual	46
6.3.4 Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos	47
6.3.5 Princípio da confiança e satisfação dos interesses dos contratantes.	48
6.3.6 Princípio da justiça contratual	48
6.4 Pressupostos e requisitos	51
6.4.1 O consentimento	52
6.4.2 A forma	52
6.4.3 Objeto do contrato	53
6.5 Formação dos Contratos	53
6.6 Classificação dos Contratos	54
6.6.1 Contratos bilaterais (ou sinalagmáticos) e unilaterais	55
6.6.2 Contratos onerosos e gratuitos	55
6.6.3 Contratos solenes e não solenes	56
6.6.4 Contratos pessoais (<i>intuitu personae</i>) e impessoais	56
6.7 Extinção dos Contratos	57
6.8 Validade e Eficácia dos Contratos	58
6.9 Interpretação dos Contratos	59
7 O DIREITO DOS CONTRATOS NOS EUA	60
7.1 Introdução	60
7.2 Terminologia	62
7.3 Princípios que regem os contratos no <i>Common Law</i> dos EUA	62
7.3.1 Princípio da vedação da alteração do contrato por meio de lei	63

7.3.2 Princípio da liberdade de contratar	64
7.3.3 <i>Consideration</i>	66
7.3.4 Princípio da boa-fé contratual	67
7.3.5 Princípio da justiça contratual – <i>Unfair bargain</i>	68
7.4 Pressupostos e requisitos	69
7.4.1 O consentimento – <i>genuine assent</i>	69
7.4.2 Objeto do contrato	71
7.4.3 A forma	71
7.5 Formação dos Contratos	72
7.6 Classificação dos Contratos	74
7.6.1 <i>Formal and informal contracts</i>	75
7.6.2 <i>Valid, Void and voidable contracts</i>	76
7.6.3 <i>Executed and executory contracts</i>	76
7.6.4 <i>Unilateral and bilateral contracts</i>	76
7.7 Extinção dos Contratos	77
7.8 Inadimplemento de Contratos	78
7.9 Interpretação dos Contratos	80
8 CONCLUSÕES	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo comparar o instituto do contrato nos ordenamentos jurídicos brasileiro e do *Common Law* norte-americano, mostrando algumas de suas diferenças e afinidades, aquelas decorrentes, em primeiro lugar, da própria concepção do direito nas respectivas famílias jurídicas, enquanto estas, da busca comum de justiça, em um ambiente econômico convergente em virtude da crescente internacionalização da economia mundial.

Palavras-chave

Contrato, *Common Law*, sistema jurídico, ordenamento jurídico, famílias de direito, *consideration*, *parol evidence rule*.

ABSTRACT

The present work aims to compare the set of concepts related to the contract in Brazilian law and its counterpart in American Common Law, pointing out some of their differences and similarities. The first ones derived primarily from the conception of law itself in the respective juridical families and the second ones, from the mutual search of Justice in a convergent economic environment created by the increasing internationalization of world economics.

Key-words

Contract, common law, consideration, parol evidence rule.

1 INTRODUÇÃO

Por que escrever sobre o direito dos contratos e comparar os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano? Em primeiro lugar, para atender a um gosto especial pelo estudo do contrato, como instituto jurídico – e realidade econômica – devido à sua presença concreta e constante na vida dos indivíduos e, adicionalmente, em virtude da ausência do *Common Law*¹ anglo-americano no currículo dos cursos de graduação de direito no Brasil.

Para a compreensão do *brave new world* nascido da integração econômica mundial, que se acelerou a partir da década de oitenta do século XX², é essencial a superação dessa lacuna; para tanto, serão utilizados, no presente trabalho, métodos de direito comparado na análise do instituto do contrato em ambos os ordenamentos jurídicos³.

Sobre o direito comparado, René David menciona três ordens de utilidade à sua aplicação e estudo: a investigação histórico-filosófica da ciência do direito; um maior conhecimento e aperfeiçoamento do direito nacional – área que o próprio David afirma ser extremamente recente – e a compreensão dos povos estrangeiros com o conseqüente estabelecimento de “um melhor regime para as relações da vida internacional”.⁴ Seu método de trabalho envolve uma retrospectiva da evolução histórica dos principais dos conceitos jurídicos no seio de cada família, seguida pelo estudo da estrutura e das fontes dos direitos estudados; tal será a técnica empregada nesta pesquisa.

¹ René David emprega o feminino ao se referir à *Common Law*, e. g. “*Formation de la common law...*” in “*L’étude du droit privé de l’Angleterre*”, Paris, Recueil Sirey, 1948, p. 19, porém, dado que a melhor tradução, para o português é Direito Comum, o masculino será utilizado no presente trabalho.

² Dados do Banco Mundial demonstram um crescimento contínuo, da ordem de 100% entre 1950 e 2000 na relação entre as variáveis econômicas exportação de mercadorias e produto interno bruto mundial. (BANCO MUNDIAL. *Globalização, crescimento e pobreza*. São Paulo, Editora Futura, p. 46).

³ No livro *Law in America. How and why it works*, publicado pela *Encyclopaedia Britannica*, New York, Bantam Books inc., 1979, p. 12, os autores afirmam: *In a strictly technical sense, there is no such thing as ‘American law’*. Essa dificuldade foi superada abordando os pontos comuns à maioria dos ordenamentos estaduais dos EUA.

⁴ DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 4-19.

De início, após uma breve discussão sobre alguns conceitos elementares – sistema, ordenamento jurídico e família de direito –, em virtude da relevância econômica do tema escolhido (e da inter-relação entre o saber jurídico e outras ciências sociais), será apresentado um sucinto estudo sobre o comércio internacional, seguido de uma dissertação sobre a evolução histórica das famílias jurídicas romano-germânica e do *Common Law*, do instituto do contrato em ambas e de uma análise sobre suas semelhanças e diferenças.

Uma última – e breve – observação sobre o método que orienta a descrição dos elementos e características dos contratos em ambos os direitos: o fio de prumo do trabalho é o contrato no direito brasileiro, ao qual será superposto – na comparação – o contrato 'como é concebido nos EUA, assim, pode-se dizer, metaforicamente, que a fôrma será o direito brasileiro e a massa o direito norte-americano, as coincidências formarão um bolo incompleto a ser preenchido por estudos futuros e as sobras podem constituir precisamente a matéria prima de tais estudos. Não serão abordados, exceto circunstancialmente contratos em espécie.

2 SOBRE O DIREITO COMPARADO

2.1 Considerações Iniciais

Está além do escopo do presente trabalho discutir se o direito comparado constitui um ramo autônomo da ciência jurídica ou simplesmente um método próprio desta ciência; independentemente de tal resposta, contudo, é inegável que o estudo comparativo de institutos pertencentes a ordenamentos jurídicos diversos – especialmente quando se trata de famílias jurídicas diferentes – permite alcançar os fins mencionados por David: investigar a evolução histórico-filosófica do fenômeno jurídico do contrato e compreendê-lo em ambos os ordenamentos; tal abordagem, em um mundo no qual a integração econômica induz influências recíprocas e freqüentes entre os direitos nacionais, mais que importante, revela-se necessária.

Um exemplo preciso do Professor Guido Fernando Silva Soares⁵ auxilia a esclarecer a relevância do estudo do direito comparado; para ele: sempre que se depare com institutos estranhos ao seu ordenamento nacional, como por exemplo o *trust*⁶, é dever do operador, que atue em um regime democrático de direito, “sob pena da denegação da justiça”, buscar em outros sistemas jurídicos os meios de torná-los eficazes.

Outro exemplo – de natureza processual – percebe-se na inspiração que o sistema de tutela coletiva brasileiro – composto pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor – foi buscar nas *class actions* e no *fluid recovery* previstos, desde 1938, nas *Federal Rules of Civil Procedures* dos EUA⁷.

⁵ SOARES, Guido Fernandes Silva, *Common Law, Introdução ao direito dos EUA*. 2a ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

⁶ O “trust” é um instituto de origem medieval que permite a transferência de propriedade do instituidor (“settlor”), para que outra pessoa (“trustee”) – que pode ser uma sociedade – a administre e entregue os seus frutos a um terceiro beneficiário (“cestui que trust” ou, simplesmente, “beneficiary”), *idem*, *ibidem*, pp. 19-20.

⁷ Sobre o assunto, a melhor fonte é o compêndio *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, especificamente sobre Class Action há um excelente comentário de Ada Pellegrini Grinover às pp. 785 e ss.

2.2 Sobre sistemas jurídicos, ordenamentos e famílias de direito.

Freqüentemente, mesmo em textos jurídicos, são empregados indistintamente os termos **sistema**, **ordenamento** e **família de direito**, convém, contudo, especificá-los com acuidade, dado que traduzem conceitos diferentes.

Recorre-se freqüentemente ao conceito de **sistema**, tanto nas ciências da natureza, quanto nas da sociedade⁸, mas o que se pretende exatamente associar a esse termo? De início, pode-se afirmar que traduz sempre a idéia de reunião, relação, unidade ou identidade interna, é possível, contudo, distinguir, em virtude da forma como são reunidos seus elementos, duas espécies de sistemas: **externos** e **internos**. Os primeiros correspondem àqueles cujos elementos são agrupados deste ou daquele modo para chegar a um determinado resultado ou demonstração – trata-se, portanto, de um *methodus disponendi* – dessa espécie eram, segundo Judith Martins-Costa⁹, as construções dos jurisconsultos romanos que procuravam estabelecer ligações entre casos particulares com o intuito de elaborar um sistema de princípios gerais. Os sistemas ditos *internos*, por seu turno, se formam a partir de vínculos intrínsecos entre seus elementos. Na ciência jurídica, segundo a mesma autora, tal concepção é bem mais recente e apenas se manifesta de modo acabado na Pandectística do século XIX¹⁰.

Pode-se igualmente classificar os sistemas em **abertos** e **fechados**, aqueles se mostram aptos a absorver e ressystematizar elementos externos a partir de sua própria

⁸ Retirei a divisão entre ciências da natureza e da cultura da síntese a que chega Paulo Bonavides sobre a divisão das ciências em dois mundos: da natureza e da cultura (ou do espírito); para o autor: “No primeiro, há leis naturais, fixas, permanentes, imutáveis com toda a inviolabilidade do determinismo físico-mecânicos; no segundo imperam as mudanças, as diferenciações, o desenvolvimento”. BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 10ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 35.

⁹ Para uma abordagem histórica da evolução do conceito de sistema na ciência jurídica, ver MARTINS-COSTA, Judith: *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 39 e ss.

¹⁰ O “corpus juris civilis” romano era composto de quatro livros: “pandectas” ou “digesto”, “institutas”, “codex repetitae praelectionis” e “novelas”, o primeiro destes livros, obra de fôlego, segundo Orlando Gomes, continha escritos de numerosos jurisconsultos clássicos e serviu de base para a construção do moderno direito codificado. GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 54 e ss.

ordem interna¹¹, estes, ao contrário, conservam-se refratários a interferências exógenas.

Deve-se distinguir, contudo o **sistema** do **ordenamento jurídico**, este último refere um conjunto de normas vigentes em um determinado espaço territorial em um determinado momento histórico e pode – ou não – constituir um sistema; segundo Judith Martins-Costa pode haver “ausência de ordem e de unidade; presença, contudo, de direitos”.¹² Tal hipótese é possível, por exemplo, em ordenamentos jurídicos primitivos.

O conceito de sistema, portanto, é dotado de uma indisfarçável polissemia; veja-se, a propósito, os resultados do desenvolvimento histórico dos ordenamentos jurídicos europeus dos dois lados do Canal da Mancha.

A partir do século XVIII, no continente, a técnica da codificação que, segundo David, “constituiu um êxito espetacular da escola de direito natural”¹³, trouxe consigo, em contrapartida, o germe do positivismo e do nacionalismo jurídicos¹⁴ que ensejaram a construção de sistemas marcados pela pretensão de completude, i. e. de serem sistemas **fechados**, assim entendidos em virtude de suas normas procederem de uma única fonte e “estarem articuladas logicamente entre si, não admitindo intervenções externas”¹⁵; diferentemente, na Inglaterra e nos EUA, o sistema jurídico é concebido como um “conjunto de soluções – não necessariamente entre si articuladas – derivadas de variadas fontes”!¹⁶

É da natureza do direito comparado revelar tais nuances: os sistemas derivados do *Common Law* tendem a ser, desde a origem, como será visto adiante, mais abertos que os do direito continental europeu.

¹¹ Segundo MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 43: “Evidentemente não se pode entender a expressão sistema aberto em sua literalidade. Um sistema completamente aberto é um não-sistema, uma *contradictio in terminis*. Devemos pois entender por sistema aberto um sistema que se auto-referencia de modo apenas relativo.”

¹² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 43.

¹³ DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 65.

¹⁴ “A codificação e todo o movimento legislativo posterior originaram uma atitude de positivismo legislativo, ao mesmo tempo que de nacionalismo jurídico”, DAVID, René. Op. cit. p. 69.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 43.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 44.

Ao comentar esta tendência do positivismo jurídico europeu, David denuncia uma *capitis deminutio* da ciência do direito quando, em virtude da multiplicidade de ordenamentos jurídicos e das diferentes concepções de sistema, algumas escolas passam a abordar – e confundir – o seu direito nacional com todo o direito; para ele se a lei pode, de fato, apresentar um caráter nacional, não é esse, contudo, o espírito do direito como ciência, que possui, necessariamente, uma essência transnacional inegável, que, pode-se acrescentar, a internacionalização das economias vem a reforçar. Como resultado, não é possível, para David, restringir o estudo do direito à lembrança pormenorizada de regras vigentes¹⁷; antes, deve-se tomá-lo como a compreensão do “quadro no qual são ordenadas as regras”¹⁸ e dos métodos empregados para interpretá-las; do contrário, tornar-se-ia verdadeiro o gracejo de Kirchmann para quem “três palavras do legislador e bibliotecas inteiras podem desaparecer”¹⁹, contra o qual o único antídoto é a compreensão do direito como um complexo muito mais abrangente que as suas normas passageiras, afinal, “o legislador não exerce mais influência sobre elas [as regras de direito] do que sobre nossa linguagem ou sobre a nossa maneira de raciocinar”.²⁰

De tudo o que foi dito, pode-se afirmar que os ordenamentos jurídicos da grande maioria dos Estados nacionais modernos formam sistemas jurídicos – de acordo com a ampla concepção há pouco exposta – os quais, por sua vez, podem ser agrupados, com intuítos primordialmente didáticos, em **famílias de direito**²¹.

Por trás do conceito de família de direito, encontra-se a pretensão de descobrir, a despeito de diferenças secundárias e inevitáveis existentes entre as regras de direito

¹⁷ “Na verdade é um aspecto superficial e falso ver no direito simplesmente um conjunto de normas. O direito pode realmente concretizar-se numa época e num dado país num certo número de regras. Porém o fenômeno jurídico é mais complexo. Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega certo vocabulário correspondente a certos conceitos, agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma certa concepção da ordem social que determina o modo de aplicação e a própria função do direito.” DAVID, René. Op. cit., p. 8-20.

¹⁸ DAVID, René. Op. cit., p. 21.

¹⁹ KIRCHMANN, J. in *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz aus Wissenschaft* (1936) p. 25, apud DAVID, René Op. cit., p. 20.

²⁰ DAVID, René. Op. cit., p. 21.

²¹ DAVID, René. Op. cit., p. 22.

específicas de cada ordenamento jurídico, as concordâncias fundamentais quanto a raciocínios, fontes e funções do direito nas sociedades.

No ocidente, existem duas grandes famílias contemporâneas de direito: a romano-germânica, à qual se associa o direito brasileiro e a do *Common Law*, que abrange o direito dos EUA e de grande parte dos países da *British Commonwealth*²².

A família romano-germânica nasceu dos estudos sobre o direito romano empreendidos pelas universidades européias a partir do século XIII²³, nessa família, após um desenvolvimento de seis séculos²⁴, a *lei* ocupa, em todos os ordenamentos nacionais que a ela se filiam, o ponto focal do sistema.

Não é por outra razão que é por meio de leis que são veiculadas, nesses ordenamentos, as regras abstratas de direito, entendidas como regras de conduta essencialmente associadas à moral e ao ideal de Justiça²⁵. Abrange todo o continente europeu e, em virtude da expansão colonial ultramarina, estendeu-se para a América latina e para muitos países da África e da Ásia²⁶.

Na família do *Common Law* a regra de direito é menos abstrata que na família romano-germânica, possui natureza marcadamente processual²⁷ e encontra-se voltada para a solução de casos concretos²⁸. Nasceu na Inglaterra, marcada pelas peculiaridades do feudalismo inglês²⁹ e, de modo semelhante ao que ocorreu com os

²² DAVID, René. Op. cit., p. 23. David aborda também a extinta família dos direitos socialistas, que abrangia a URSS e os países do leste europeu, e, mais superficialmente, outras famílias que, a seu tempo, interagiam menos com o ocidente como as dos direitos hindu, muçulmano, chinês e japonês.

²³ DAVID, René. Op. cit., p. 35.

²⁴ DAVID, René. Op. cit., p. 68-69.

²⁵ DAVID, René. Op. cit., p. 101-102.

²⁶ DAVID, René. Op. cit., p. 77-81.

²⁷ DAVID, René. Op. cit., p. 363.

²⁸ DAVID, René. Op. cit., p. 104-105

²⁹ “Les normands ont introduit en Angleterre la féodalité; jamais cette féodalité, toutefois, n’a revêtu en Angleterre le même caractère qu’en France: toujours elle y eu un caractère plus militaire, plus centralisé. Quels que soient les titres dont il s’est prévalu pour affirmer ses droits à la couronne d’Angleterre, Guillaume, en 1066, s’est de fait imposé comme un conquérant. C’est une armée victorieuse qui s’est installée en Angleterre, et qui y a introduit le système féodal. La féodalité s’est établie en France de pièces et de morceaux, et dans le processus l’autorité du roi a été souvent négligée ou bafouée. En Angleterre les seigneurs sont en contact avec une population hostile à l’origine, les liens féodaux de hiérarchie seront plus stricts qu’en France. Toute les terres sont concédées par le roi, l’hommage est toujours prêté en Angleterre sous réserves du droits du roi. L’Angleterre est d’autre part moins étendue que la France, l’autorité du roi y sera d’abord reconnue sur tout le territoire. Guillaume, duc de Normandie, connaît enfin les faiblesses du régime féodal français et entend

direitos continentais, espalhou-se por todos os países que compuseram o império britânico, desenvolvendo-se de modo peculiar nas colônias da América que viriam a constituir os Estados Unidos³⁰.

Antes de se passar ao estudo mais aprofundado de cada família, é conveniente realizar uma rápida abordagem sobre a integração econômica internacional que justifica e fornece elementos extrajurídicos a este estudo comparado.

empêcher cette désintégration de l'autorité royale qui s'est produite en France: il fera à ses seigneurs nombreuses concessions de terres, mais il évitera la constitution de vastes domaines". DAVID, René, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, pp. 19-20.

³⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 4^a. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 353.

3 FUNDAMENTO ECONÔMICO

A despeito de registros históricos darem conta de intercâmbios comerciais entre o ocidente e o oriente desde a antiguidade³¹, a integração econômica mundial³², reiniciada nos tempos modernos com a expansão marítima portuguesa, passou por três grandes ondas de aceleração – e uma de retração – a partir de fins do séc. XIX.

Antes, porém, de descrever o *iter* percorrido pelo comércio internacional nesse período, é importante mencionar alguns dos fatores que contribuíram para o seu crescimento: a redução de custos com transportes, a aceleração contínua das comunicações, a redução das barreiras comerciais – exceto no período entre a primeira e a segunda guerras mundiais – e a disponibilidade de capitais excedentes em busca de taxas de retorno mais elevadas.

Como não poderia deixar de ser, os estados nacionais intervieram no processo de integração, regulamentando as relações sociais – muitas delas novas e inusitadas – que brotavam nesse ambiente instável; tal iniciativa, entretanto, por si mesma, passou a constituir mais um fator a interferir com o fenômeno; tanto para acelerá-lo, quanto para reprimi-lo. Trata-se de um resultado esperado; ao distinguir o comércio interno do internacional, Bruno Ratti menciona, ao lado de diferenças de ordem econômica – variação do grau de mobilidade dos fatores de produção, preferências de cada mercado e longas distâncias – algumas de natureza essencialmente jurídicas: tarifas aduaneiras, mercado de câmbio e, o que denomina, “variações de ordem legal”.³³

³¹ De acordo com o Atlas da História do Mundo, o império romano importava, no primeiro século da era cristã, seda, pedras preciosas e especiarias da Índia e da China – então sob a dinastia Han – por meio de rotas comerciais que atravessavam pelo menos mais dois estados imperiais da antiguidade: o império Kushan – que se estendia pelo norte da Índia e Afeganistão modernos – e o império persa. Não existem, contudo, registros de contatos diplomáticos entre as duas civilizações. FOLHA DE SÃO PAULO, *Atlas da História do Mundo*, São Paulo, Folha da Manhã, 1995, originalmente publicado pela Times Books, p. 70.

³² A integração entre economias nacionais é freqüentemente denominada *globalização*, termo ao qual estão associados sentimentos intensos – no mais das vezes hostis – e pouco fundamentados, razão pela qual não o utilizarei no presente trabalho. Na França, cunhou-se o termo “*mondialization*”, que se refere a uma proposta alternativa – e vaga – de integração, na qual um dos poucos pontos concretos é o fato de o francês ser a *lingua franca*.

³³ RATTI, Bruno. *Comércio internacional e câmbio*. São Paulo, Edições Aduaneiras, 1997. pp. 311-320.

Segundo Ratti, os estudos teóricos, propriamente científicos, sobre o comércio internacional se iniciam, na passagem do séc. XVIII para o séc. XIX, com Adam Smith e David Ricardo que elaboram as **teorias das vantagens absolutas** e das **vantagens comparativas**, por meio das quais procuram demonstrar os benefícios da especialização da produção – “cada país deve concentrar-se naquilo que pode produzir a custo mais baixo” – e da liberalização do comércio internacional – que permitiria ampliar as capacidades de produção e consumo dos países intervenientes³⁴. Tais teorias forneceram o substrato teórico-ideológico do primeiro ciclo de integração econômica internacional.

Para medir o grau de integração das economias, o Banco Mundial utiliza como indicador a relação entre as variáveis **exportações** e **renda mundial** e anota um grande crescimento – de 4% para 8% -no período entre 1870 e 1914³⁵.

Apesar de sua grande influência e importância, ambas as teorias³⁶ apresentavam uma séria limitação teórica, consideravam apenas o fator **trabalho** na determinação dos valores relativos de troca das mercadorias, ignorando outros fatores como **matérias-primas, capitais e tecnologia**³⁷, que foram incorporados, mais tarde, aos modelos teóricos pela ciência econômica e cujo detalhamento foge ao escopo deste trabalho.

A título de ilustração, observe-se, a seguir, um exemplo numérico extraído da obra de Bruno Ratti, que demonstra a possibilidade de ganhos econômicos serem proporcionados pelo comércio internacional³⁸. Admita-se que dois países – Rússia e Inglaterra – produzam dois produtos sujeitos à comercialização externa: aço e trigo. E que as curvas de possibilidade de produção de ambos os países sejam as que se encontram no diagrama abaixo.

³⁴ RATTI, Bruno. Op. cit., p. 325.

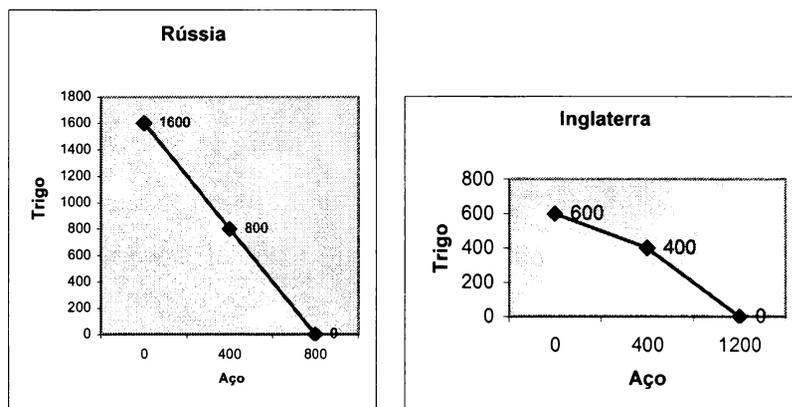
³⁵ BANCO MUNDIAL. Op. cit., p. 18. Outro dado notável nesse período foi a migração de quase 10% da população do mundo da Europa para as Américas e, na Ásia, entre países com densidades populacionais diferentes.

³⁶ Na verdade, a *teoria das vantagens comparativas* de David Ricardo consiste em um aperfeiçoamento e aprofundamento da teoria original de Smith.

³⁷ RATTI, Bruno. Op. cit., p. 328.

³⁸ RATTI, Bruno. Op. cit., p. 331.

GRÁFICO 1 – PRODUÇÃO HIPÓTETICA DE AÇO DE RÚSSIA E INGLATERRA



Desses gráficos pode-se inferir que se a Rússia optar por produzir apenas aço, alcançará no máximo 800 unidades desse produto e nada de trigo, ou, alternativamente, 1600 de trigo e nada de aço, ou qualquer outra combinação dos dois produtos na região interna da linha – que não pode ser ultrapassada em virtude das limitações intrínsecas da capacidade de produção do país. O mesmo se aplica *mutatis mutandis* à Inglaterra³⁹.

Em uma situação de estabilidade econômica, admita-se que as produções de trigo de Rússia e Inglaterra estacionem respectivamente em 800 e 400 unidades; o que significa, para ambos os países, 400 unidades de aço.

Antes de continuar com a demonstração, um aspecto importante precisa ser salientado: em um regime de economias fechadas, o limite da capacidade de produção, acima descrito, corresponde forçosamente ao limite da capacidade de consumo.

Caso surgisse uma oportunidade de intercâmbio entre os dois países e fosse estabelecida a relação de troca de uma unidade de trigo para uma unidade de aço; seria vantajoso, nesses termos, para a Rússia se especializar na produção de trigo e para a Inglaterra na de aço.

Esse é um ponto crucial – e nada inocente – da argumentação, porque, apesar de ser possível chegar-se, matematicamente, a um resultado favorável – que será

³⁹ Implícita está, nesse modelo, a hipótese ideal da mobilidade absoluta – e sem perdas – dos fatores de produção.

apresentado em seguida –, inúmeros fatores, inclusive militares, definem, na prática, os valores arbitrados para as relações de troca, independentemente de considerações sobre soluções economicamente ótimas para os países intervenientes.

Assim sendo, segundo o Banco Mundial, “o protecionismo dos países ricos custa aos países em desenvolvimento mais de cem bilhões de dólares por ano, duas vezes o volume total de ajuda que as nações do hemisfério norte proporcionam às do hemisfério sul”.⁴⁰

Voltando ao exemplo, a abertura das economias proporcionaria aos consumidores dos dois países maiores oportunidades de escolha. Sem a opção do mercado externo, caso a Rússia desistisse de produzir trigo, conseguiria obter, como visto antes, apenas 800 unidades de aço; com a integração econômica, entretanto, passaria a dispor, teoricamente, da possibilidade de trocar 1.200 unidades de trigo por 1.200 unidades de aço, mantida a relação de troca em 1:1, que representa o limite máximo de produção da Inglaterra.

Se, por hipótese, após o estabelecimento do fluxo de comércio, a Rússia se concentrasse na produção de trigo até alcançar o seu limite de 1600 unidades⁴¹, e, desse total, exportasse 600 unidades para a Inglaterra em troca de 600 unidades de aço, os ganhos de ambos os países podem ser resumidos pela tabela abaixo.

TABELA 1 – VARIAÇÃO DA PRODUÇÃO DE AÇO DE RÚSSIA E INGLATERRA

		Antes do Comércio	Depois do Comércio	Variação
Rússia	Trigo	800	1000	+200
Rússia	Aço	400	600	+200
Inglaterra	Trigo	400	600	+200
Inglaterra	Aço	400	600	+200

⁴⁰ BANCO MUNDIAL. Op. cit., p. 25.

⁴¹ Como na realidade os custos de oportunidade são crescentes, a especialização de produção nunca será completa; haverá um momento em que a relação de troca interna e internacional será idêntica e não haverá estímulo para a substituição.

O modelo acima, apesar de simples, demonstra, como afirmado anteriormente, a possibilidade de ganhos recíprocos com o comércio internacional e coincide, nesse quesito, com dados do Banco Mundial, referentes à primeira onda de integração econômica, segundo o qual:

A renda *per capita* global atingiu uma taxa sem precedentes, mas não tão rápido a ponto de impedir que o número de pobres também aumentasse. Entre os países globalizados existia convergência na renda *per capita*, induzida principalmente pela migração. Entretanto havia uma distância crescente entre os países globalizados e os deixados para trás, levando assim a uma maior desigualdade mundial.⁴²

Após esse primeiro ciclo, durante o qual a idéia de integração econômica parecia fato consumado, iniciou-se outro período – que abrange a primeira guerra mundial, a depressão dos anos 30 e a segunda guerra mundial – marcado por forte retração no comércio internacional, nacionalismos e protecionismos, durante o qual verificou-se uma queda na taxa de crescimento da renda *per capita* da ordem de 33%.⁴³

Após a segunda guerra mundial, entre as décadas de 50 e 80 do século passado, inaugurou-se um processo mais profundo e continuado de integração entre as economias dos países ricos – EUA, Europa Ocidental e Japão –, durante o qual as taxas de crescimento convergiram, i. e., “os países industriais que eram relativamente pobres, foram os que cresceram mais rapidamente”.⁴⁴

Por fim, a partir de 1980, chega-se à terceira etapa de integração econômica. Um número maior de países passa a participar do mercado internacional, fornecendo produtos manufaturados de baixo valor agregado, explorando as vantagens comparativas de uma mão de obra abundante – e barata – em plantas industriais que se tornaram obsoletas nos países ricos.

⁴² BANCO MUNDIAL. Op. cit., p. 18-19.

⁴³ BANCO MUNDIAL. Op. cit., p. 19. Paradoxalmente, apesar de um aumento constante da pobreza, houve, nesse período, grandes avanços no tocante à expectativa de vida, o que, segundo o Banco Mundial, ilustra que aquela é multidimensional e que nem todos os seus aspectos são determinados pelo desempenho econômico.

⁴⁴ BANCO MUNDIAL. Op. cit., p. 20.

Em um intervalo de tempo inferior a duas décadas, entre 1980 e 1998, os manufaturados implicaram um aumento das exportações desses países de 25% para 80%, em substituição à pauta de exportação tradicional de produtos primários; adicionalmente, ao se analisar as taxas de crescimento desses países, outro dado se destaca: na década de 60, as taxas de crescimento eram, em média, da ordem de 1% ao ano; na década de 70, 3% ao ano; 4% ao ano, na década de 80 e 5% ao ano, nos anos 90⁴⁵.

Se por um lado, ao resumir todos esses dados, o Banco Mundial afirma: “Agora, as taxas de crescimento das nações em desenvolvimento ultrapassam consideravelmente as dos países ricos da mesma forma que, durante as ondas anteriores de globalização, houve convergência entre os países da OECD”, esse mesmo organismo reconhece: “Enquanto as novas nações globalizadas estão começando a alcançar as nações mais ricas, grande parte do mundo em desenvolvimento – com cerca de dois bilhões de pessoas – está se tornando marginalizada. Sua taxa de crescimento agregada foi negativa na década de 1990”.⁴⁶

Encontra-se muito além do objetivo deste trabalho defender o comércio internacional, ou justificá-lo esta breve introdução visa tão-somente fundamentar a necessidade de compreensão da realidade internacional – dentro da qual a integração econômica é um dado – para tornar possível um anseio eterno do direito assim sintetizado por René David:

A nova geração recebe esta nova formação. Mais consciente das realidades do mundo atual, e mais sensível às necessidades da coexistência entre as nações, ela não aceitará que a ciência do direito seja, como lamentou Jhering, posta ao nível da jurisprudência local. É talvez inevitável que os práticos do direito, na sua atividade quotidiana, limitem o seu horizonte ao direito nacional; entretanto, *não existe ciência do direito que não seja universal*. O direito comparado é um dos elementos desse universalismo, particularmente importante na nossa época; desempenha e é chamado a desempenhar, mais ainda, uma função de primeira ordem para o conhecimento e o progresso do direito.⁴⁷

⁴⁵ BANCO MUNDIAL. Op. cit., p. 20.

⁴⁶ BANCO MUNDIAL. Op. cit., p. 20-21.

⁴⁷ DAVID, René. Op. cit., p.18-19.

4 Evolução histórica das famílias de direito

4.1 A Família Romano-Germânica

A ascensão do cristianismo, nos primeiros séculos de nossa era, foi marcada por uma profunda desconfiança dos fiéis em relação aos tribunais pagãos, São Paulo exorta os cristãos a evitá-los – bem assim a evitar contendas entre si - ⁴⁸, na pregação paulina a Caridade era o valor supremo, acima da Justiça, como fica claro na célebre passagem do capítulo 13 da primeira epístola aos Coríntios: “No presente permanecem estas três: fé, esperança e caridade; delas, porém, a mais excelente é a caridade”.

Desnecessário mencionar que a expressiva influência da Igreja Católica Romana durante o período que medeia a decadência do império romano e a renascença reforçou esses ideais, por assim dizer, **antijurídicos**, em consequência, somente a partir da retomada das rotas comerciais, nos séculos XII e XIII, pôde-se recuperar no ocidente a antiga idéia romana de que apenas o direito está apto a assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.

Assim, apenas no séc. XII desenvolve-se o direito canônico⁴⁹ e, quase ao mesmo tempo, surge nas universidades, sem conexão com qualquer poder político, um movimento de estudos do direito romano, segundo David, de cunho revolucionário,

⁴⁸ “1 Alguém de vós que tem uma questão com outro ousa ir a juízo perante os injustos e não perante os santos? 2 Acaso não sabeis que os santos vão julgar o mundo? E se vós julgareis o mundo, sereis indignos de julgar coisas de menor importância? 3 Não sabeis que vamos julgar até os anjos? Pois então muito mais os negócios desta vida. 4 Quando tiverdes divergências sobre estas coisas da vida, tomai como juízes os mais desprezíveis na igreja. 5 Para vossa confusão vos falo deste modo. Não há entre vós ninguém tão prudente que seja capaz de ser juiz entre irmãos? 6 Em vez disso, o irmão vai a juízo contra o irmão, e isto perante os infiéis? 7 Já é um grande mal que tendes questões uns contra os outros. Por que não preferis sofrer a injustiça? Por que não preferis ser despojados? 8 Em vez disso, sois vós que fazeis injustiças e cometeis fraudes, e isso contra irmãos”. *1ª Epístola de São Paulo aos Coríntios*, capítulo 6, versículos 1-8.

⁴⁹ DAVID, René. Op. cit., p. 39. “O ideal de uma sociedade cristã fundada sobre a caridade é abandonado; renuncia-se à criação na Terra da cidade de Deus. A própria Igreja distingue mais nitidamente a sociedade religiosa dos fiéis da sociedade laica, o foro externo do foro interno, e elabora, nesta época, um direito privado canônico”.

porque, ao longo de seu percurso, alterou o fundamento do direito associando-o a um ideal de justiça independente de apelos de ordem mística.⁵⁰

Diversas escolas desempenharam essa tarefa: a dos **glosadores** que compilou os textos romanos preservados principalmente pela Igreja, eliminando institutos em desuso, como a escravatura, e adaptando as normas relativas a casamentos e outros sacramentos às regras do direito canônico⁵¹; sucedida, a partir do século XIV, pela escola dos **pós-glosadores**, que se empenhou em um trabalho de sistematização e adequação das regras de direito romano aos problemas de sua época⁵². Importante salientar que, até então, todo o estudo das universidades cingia-se ao campo da especulação teórica sem pretensões de aplicação cogente, o que somente viria a ser proposto pela **escola do direito natural** a partir do século XVII; os jusnaturalistas, imbuídos do espírito renascentista, transportam das ciências naturais para o direito o método dedutivo – de natureza lógico-geométrica –; afastam-se gradativamente da idéia de uma ordem natural das coisas ancoradas na vontade divina e exaltam os direitos individuais derivados da personalidade humana. Nasce, nesse momento, um dos conceitos mais fundamentais da família romano-germânica: o **direito subjetivo**.

Durante todo esse trajeto, o direito renasce, na Europa, em um espaço peculiar, precisamente delimitado: as universidades. Estas apesar de distribuídas por toda Europa, compartilhavam um mesmo idioma: o latim; uma mesma religião, até a reforma protestante, e influências teológicas e filosóficas comuns, que superavam, de muito, suas diferenças locais, essa peculiaridade leva David a afirmar que “o sistema de direito romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de cultura”.⁵³

No século XVIII, contudo, os jusnaturalistas lograram ultrapassar os muros das universidades e atribuir aos soberanos competência para afirmar o direito, nelas desenvolvido. Durante a Idade Média, é importante lembrar, este direito existia

⁵⁰ DAVID, René. Op. cit., p. 40.

⁵¹ Essa escola atingiu seu ponto culminante no séc. XIII com a grande glosa de Acúrio que reunia 96 mil glosas!

⁵² Nesse período, segundo David: “os juristas já não procuram encontrar soluções romanas, mas se preocupam sobretudo em utilizar os textos do direito romano para introduzir e justificar regras adaptadas à sociedade de seu tempo.” DAVID, René. Op. cit., p. 45.

⁵³ DAVID, René. Op. cit., p. 41.

independentemente da autoridade, teórico que era; os soberanos não estavam qualificados nem para criá-lo, nem para modificá-lo, ao contrário, o direito, nas situações concretas, devia ser buscado na Bíblia ou nas tradições locais; restringia-se, o rei, simplesmente, a organizar os tribunais e a corrigir, por meio de editos, determinados erros sanáveis.

Havia dois caminhos a seguir para dotar de força cogente os estudos teóricos das escolas, segundo David:

As universidades, nas quais se produz o renascimento dos estudos do direito romano, propõem uma solução: repor em vigor o direito romano. Uma outra solução pode, porém, ser imaginada: desenvolver um novo direito com base nos costumes existentes ou, na falta de tais costumes, sobre uma base jurisprudencial. Pode-se tomar um direito complexo e adaptá-lo ou pode-se construir algo novo à medida que se manifesta sua necessidade. A segunda solução é, como veremos, a que prevaleceu na Inglaterra, onde se edificou um novo sistema o do ‘common law’.⁵⁴

E assim se fez, tal salto representou a ruptura da unidade do “jus commune” teórico-filosófico que marcou a Idade Média. Nos duzentos anos seguintes, em meio a revoluções e guerras, o direito europeu avançou até cristalizar-se nos ordenamentos dos Estados Nacionais que, conforme mencionado anteriormente neste trabalho, para muitos juristas – principalmente durante a fase mais exacerbada do dogmatismo jurídico –, correspondia a todo o Direito.

Entretanto, está fora de questão, que os vínculos entre os ordenamentos jurídicos não podem ser suprimidos, estão, por assim dizer, impressos em seu código genético, no caso, em sua origem histórica comum. As próximas seções investigam as “sinapses” existentes nas estruturas dos direitos da família romano-germânica, bem como em suas fontes.

4.1.1 Estrutura dos direitos na família romano-germânica

O que significa *estrutura* dos direitos? René David, para quem os direitos da família romano-germânica são aparentados por sua **estrutura**, a define como a

⁵⁴ DAVID, René. Op. cit., p. 50.

organização das regras de um dado ordenamento jurídico em categorias similares – e. g. distinção entre direito público e privado – e a existência de concepções semelhantes sobre o elemento primário de todo o sistema, qual seja, a própria regra de direito⁵⁵.

Salta aos olhos as semelhanças entre os institutos de origem romana⁵⁶ no direito civil e, no direito comercial, naqueles originários de normas consuetudinárias medievais – a *lex mercatoria*. Outro dado estrutural comum é a posição do direito das obrigações como elemento básico de toda a família⁵⁷, como se pode perceber, por exemplo, no comentário ao Código Civil Alemão, de Harm Peter Westermann, no qual o autor afirma: “A liberdade contratual, a parte mais importante da economia privada, que domina todo nosso Direito Civil, no Direito das Obrigações, acha-se realizada na sua forma mais pura”⁵⁸.

Com o intuito de deixar claras as raízes genéticas do ordenamento jurídico brasileiro, o Professor José Antonio Peres Gediel, em sala de aula, durante o curso de direito civil B, em 2002, na Universidade Federal do Paraná, revelou à turma a relação existente entre os princípios basilares do direito romano: *honeste vivere, neminem laedere e suum quique tribuere* e as funções das obrigações: *prestação, reparação/indenização e restituição*, respectivamente, as quais, por sua vez, correspondem às fontes de obrigações: **negócio jurídico, responsabilidade civil e enriquecimento ilícito**, que são comuns a todos os ordenamentos da família.

Também a **regra de direito** desfruta de uma concepção unitária em toda a família romano-germânica; em virtude de um longo esforço doutrinário, esta evoluiu da condição de regra concreta, referida a um problema específico, para um nível superior de abstração. Não se radica, portanto, em cada decisão proferida pelo órgão judicante, localiza-se, ao contrário, na lei, idealmente, a meio caminho entre os

⁵⁵ DAVID, René. Op. cit., p. 83.

⁵⁶ Segundo José Carlos Moreira Alves, comentando sobre o Código Civil de 1916, 1.447 de seus 1.890 artigos provêm do direito romano, MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, vol. 1, 11^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 3.

⁵⁷ DAVID, René. Op. cit., p. 91 acrescenta: “o próprio conceito de obrigação, que para eles [os juristas da família romano-germânica] é elementar é desconhecido e que a palavra obrigação é intraduzível em inglês jurídico”.

⁵⁸ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão, Direito das Obrigações*, Parte Geral, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 24.

princípios maiores que organizam a sociedade e as sentenças proferidas nas lides levadas ao Poder Judiciário⁵⁹.

4.1.2 Fontes do direito na família romano-germânica

Há uma oposição lógica, portanto, entre os atributos da abstração, próprio da regra de direito na família romano-germânica e da precisão, este típico da família do *Common Law*. Entretanto, a abstração mesma da regras de direito abre terreno para uma maior discricionariedade na sua aplicação⁶⁰, e em conseqüência implica uma menor previsibilidade dos julgados⁶¹; para compensá-la, os ordenamentos jurídicos romano-germânicos recorrem a regras, que David chama de secundárias, principalmente a jurisprudência.

Essa necessidade da prática forense enseja uma pergunta: não estaria ocorrendo uma convergência entre os dois modelos? Para René David, a resposta ainda é negativa: “qualquer que seja sua importância é certo que as regras de direito secundárias elaboradas pela jurisprudência conservam uma maior generalidade que a regra de direito à qual chega o juiz quando não é guiado pelo legislador”.⁶² Essa questão será novamente abordada, mais adiante, nesse trabalho. De certo, indiscutivelmente, seja tomando a lei ou a jurisprudência como regra fundamental de direito, ambos os sistemas buscam a realização da justiça.

Assim, a despeito da proeminência da lei, há nos ordenamentos da família romano-germânica uma solução de compromisso entre as fontes legislativa e jurisprudencial; neles, muitas vezes, os juízes dissimulam o seu papel de artífices da norma jurídica. Essa “competência” da magistratura⁶³ se manifesta de modo

⁵⁹ DAVID, René. Op. cit., p. 103.

⁶⁰ “Tudo o que restringe a especialização da regra de direito aumenta automaticamente o papel de interpretação do juiz”. DAVID, René. Op. cit., p. 106.

⁶¹ Como será visto adiante, há também no *Common Law* uma grande preocupação doutrinária em relação à imprevisibilidade dos julgados.

⁶² DAVID, René. Op. cit., p. 108.

⁶³ Eufemisticamente denominada, por O. A. Germann: “livre investigação complementar ‘*intra legem*’”, GERMANN, O. A. in “*Probleme und Methoden der Rechtsfindung*”, apud, DAVID, René. Op. cit., p. 131.

absolutamente claro no controle da constitucionalidade das leis, tema complexo, e estranho à monografia, que sintetiza – independentemente das inúmeras variações nacionais – essa interação entre o Legislador e o Juiz, segundo René David há uma relação dialética entre ambos, reproduzo suas palavras:

A organização judiciária, em geral, encimada por um supremo tribunal, cuja missão se é, em teoria, velar pela estrita aplicação da lei, é muitas vezes, também, assegurar a unidade da jurisprudência. A existência deste supremo tribunal ameaça mais do que garante a supremacia da lei. O legislador não precisaria ter receio da concorrência dos tribunais locais, dispersos, dos quais seria difícil obter uma jurisprudência coerente. Pelo contrário, o supremo tribunal, detentor de um grande poder, é levado a ver as coisas de uma perspectiva muito geral (em especial quando, como na França⁶⁴, desconhece os fatos), é tentado inevitavelmente a tornar-se uma autoridade complementar, senão rival do legislador. A concentração do poder judiciário foi na Inglaterra, a condição e a causa do desenvolvimento do direito jurisprudencial, que constitui o '*common law*'. A concentração da justiça administrativa no Conselho de Estado tem tido na França o mesmo efeito no que se refere à elaboração do direito administrativo. Evitando-se contrariedade das decisões da justiça, reforça-se indubitavelmente a autoridade da jurisprudência, mais do que se garante a 'correta aplicação' da lei.⁶⁵

Além da lei e da jurisprudência, compõem o conjunto de fontes de direito, na família romano-germânica, a **doutrina**, os **costumes** e os **princípios gerais de direito**.

A doutrina foi a fonte exclusiva de direito na Europa até a eclosão do fenômeno da codificação no século XIX, quando passou a ser desprezada em virtude do exclusivismo positivista em favor da lei; todavia ao influenciar o vocabulário jurídico e, em decorrência, o legislador e o magistrado, não pode deixar de ser relacionada entre as fontes de direito. Um exemplo retirado do direito brasileiro – a **exceção de pré-executividade** – bem o demonstra: a despeito de não constar do texto legal, Humberto Theodoro Junior ensina que arguições sobre a

falta de condições da ação de execução, ou a ausência de algum pressuposto processual ...pode se dar por meio de simples petição nos próprios autos do processo executivo. A esse incidente Pontes de Miranda deu o nome 'exceção de pré-executividade'. Atualmente, a doutrina tem preferido o *nomen juris* de objeção de pré-executividade'. Explica Cândido Dinamarco que o mito de ser os embargos à execução o único remédio à disposição do devedor para se defender contra o processo executivo, já não vigora mais, principalmente

⁶⁴ Pode-se acrescentar: ...e no Brasil!

⁶⁵ DAVID, René. Op. cit., p. 159.

quando a objeção a ser feita ao cabimento da execução tenha como fundamento matéria que ao juiz incumba conhecer de ofício.⁶⁶

Os princípios gerais de direito, como uma espada de Dâmocles sobre o dogma de todo o Direito coincidir axiomáticamente com o Direito legislado (ou, com as ressalvas acima mencionadas, jurisprudencial), revelam o compromisso da técnica jurídica com a realização da justiça como valor; sua presença, nos sistemas da família continental, representa uma válvula de escape para a correção de decisões que, a despeito de logicamente coerentes com o ordenamento, afrontam, de algum modo, o sentimento de justiça da sociedade; arejam, portanto, essa espécie de sistema concebido de modo hermeticamente fechado, tornando-o relativamente aberto.

4.2 A Família do *Common Law*

De início, é essencial precisar o que significa *Common Law*, é corriqueiro, por exemplo, referir-se a essa família de direitos como *direito anglo-saxão*, o que tecnicamente é incorreto, dado que este se refere ao primitivo ordenamento – exclusivamente germânico – vigente na Inglaterra antes da conquista normanda em 1066⁶⁷. Não pode, igualmente, ser confundido, com o direito britânico, seja porque na própria Grã-Bretanha a Escócia rege-se por um direito híbrido com raízes tanto no *Common Law* quanto no direito continental europeu⁶⁸, seja porque, como foi dito antes neste trabalho, em virtude da expansão colonial inglesa, alcançou os cinco continentes. Em síntese, pode-se delimitar a família do *Common Law* àqueles ordenamentos que adotam as técnicas desenvolvidas – a partir do século XI – pelas cortes reais inglesas, de natureza notadamente processual, avessos à codificação e que abrangem praticamente o que foi o Império Britânico, com as exceções da Escócia, da República da Irlanda, do *Québec* e dos EUA, quanto a este último, em virtude de sua

⁶⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 34ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 278.

⁶⁷ DAVID, René. Op. cit., pp. 356-357.

⁶⁸ Também conhecido em inglês como *Civil Law*.

independência precoce, no século XVIII, ali se desenvolveu um sistema peculiar, como será visto em seguida.

Em 14 de outubro de 1066, a costa sul da Inglaterra, é assaltada por um exército sob o comando do duque da Normandia, Guilherme, o bastardo. Após a batalha de *Hastings*, num lugarejo ainda hoje conhecido como *Battle*, Guilherme, vitorioso, recebe a alcunha de “conquistador” e é coroado Guilherme I, rei da Inglaterra⁶⁹. Historicamente, marca o início da implantação do feudalismo na Grã-Bretanha e da última conquista bem sucedida da ilha, inicia-se, então, o processo de aculturação que desembocará, inclusive em termos lingüísticos, na Inglaterra moderna.

Durante todo medievo, todos os reis europeus eram vistos como protetores de seus povos e, assim, era natural recorrer-se a sua intervenção nas disputas judiciais com intuito de corrigir pretensos desvios na aplicação do direito costumeiro vigente. Constituíram-se, para tanto, cortes reais, que representavam o próprio soberano e que, na Inglaterra, gradativamente, entre os séculos XI e XIII, deixaram de ser tribunais de exceção – com competências limitadas – e galgaram o status de direito comum ou *Common Law*.⁷⁰

Alguns fatores justificam a ampliação das competências dos tribunais reais, que terminaram por se fixar no Palácio de Westminster, razão pela qual são conhecidos como Cortes de Westminster: a disciplina militar imposta aos barões desde o reinado do próprio Guilherme, que impediu a descentralização descontrolada do poder senhorial tanto no campo patrimonial, quanto no da aplicação do direito; ademais a natureza arcaica do direito anglo-saxônico ainda sujeito, e. g., a ordálios como meio de prova; o que explica o interesse dos litigantes de recorrer à justiça real⁷¹ dotada da prerrogativa de assegurar o comparecimento das partes a juízo e, *last but, by no means*,

⁶⁹ PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ, Paris, “Librairie Larousse”, 1098, p. 1375.

⁷⁰ René David arrola as competências primitivas das cortes reais e não há surpresa nas matérias ali mencionadas: finanças reais, propriedade (e posse) de terras, o grande bem da capital da época, e os crimes que, de algum modo, afetassem a paz do reino. DAVID, René. *Op. cit.*, p. 358.

⁷¹ “Então chamada ‘comune ley’ na gíria normanda”, DAVID, René. *Op. cit.*, p. 358.

least, o interesse do tesouro real, dado que a Administração da Justiça representava uma fonte de receita⁷².

Enquanto na Europa continental, como visto anteriormente, nesse período, as universidades se dedicavam ao estudo teórico do direito romano, sem nenhuma pretensão de interferir na administração concreta da justiça que era praticada de modo não uniforme em virtude do esfacelamento do poder político característico do feudalismo, do outro lado do *British Channel*, vigorava uma administração judiciária, razoavelmente uniforme, em virtude das peculiaridades do feudalismo inglês.

Em virtude desse contexto histórico, o *Common Law* desenvolverá traços marcantes que o distinguirá profundamente dos demais direitos do continente: *first of all*, destaque-se, a concentração sobre o direito processual; o desenvolvimento de conceitos e categorias próprios completamente distintos dos do *Civil Law*, a não distinção entre direitos público e privado e a não recepção do direito romano⁷³.

Lastreado no aforismo *remedies precede rights* o *Common Law* era movimentado, em primeiro lugar, por um pedido à corte de Westminster que o analisava sob o prisma da admissibilidade. O resultado posterior da contenda era imprevisível e irrelevante nesse momento, até mesmo porque sujeito à decisão de um corpo de jurados, o que representava uma inovação civilizatória numa época marcada por meios de prova imperfeitos e cruéis⁷⁴.

O fundamental era demonstrar, de pronto, a existência de um *case*. O autor descrevia os fatos à autoridade judiciária pedindo o estabelecimento de uma lide. Julgado procedente, o pedido, o magistrado expedia um *writ* que consistia de uma fórmula-padrão determinando o modo pelo qual seria conduzido – ou, em outros termos, processado – o litígio⁷⁵. São evidentes, nesse estágio, as semelhanças com o direito formular romano⁷⁶.

⁷² DAVID, René. Op. cit., p. 361.

⁷³ DAVID, René. Op. cit., p. 364.

⁷⁴ DAVID, René. Op. cit., pp. 363-364.

⁷⁵ DAVID, René. Op. cit., pp. 362-363.

⁷⁶ Ver em MOREIRA ALVES, José Carlos, Direito Romano, v. 1, p. 207.

Como decorrência de sua natureza empírica, o *Common Law* é marcado pela busca de critérios objetivos de juízo, assim, o comportamento do *reasonable man*, graduado conforme o caso concreto foi desde os primórdios apreciado pelos magistrados⁷⁷.

Os *writs* determinavam a seqüência dos procedimentos a serem seguidos no curso da disputa – inclusive como tratar as questões incidentais – as condições de admissão das provas e as formas de execução do julgado⁷⁸.

Das decisões das cortes reais, sempre era cabível, como mencionado acima, recurso direto ao soberano “fonte de toda justiça e generosidade...para tranquilizar a consciência e fazer uma obra de caridade”⁷⁹.

Desnecessário dizer que tais recursos, apesar de aceitos com naturalidade pela mentalidade da época, eram, de fato, excepcionais e, na prática, decididos pelo *Lord Chancellor* (um clérigo, até a ruptura com a Igreja Católica, confessor e guardião da consciência do monarca)⁸⁰.

Para auxiliar o chanceler em seus julgamentos, foram criadas as cortes da Chancelaria que ao analisarem os “cases” corrigiam os rigores e limitações técnicas do *Common Law*. Para ilustrar sua forma de atuação, David ensina que o direito comum não dispunha de um *remedy* para situações que envolvessem **coação moral**, a integração dessa lacuna, obrigava o recurso à Chancelaria do Rei, apta a se valer de princípios mais gerais para realizar a justiça⁸¹.

As cortes de chancelaria adotavam procedimentos distintos dos do direito comum e seus julgados sistematizados – e influenciados pelo direito canônico – consolidaram um sistema concorrente ao *Common Law* conhecido como *Equity*. Tal

⁷⁷ SÈRROUSSI, Roland, *Introdução ao direito inglês e norte-americano*, São Paulo, Landy, 2001. p. 66. Esse aspecto tópico da família do Common Law a distingue profundamente de um certo modelo positivista puro (radical) existente na família romano-germânica, segundo o qual o magistrado deve-se limitar a aplicar (cegamente) conceitos abstratos definidos pelo legislador. Conforme será visto mais adiante neste trabalho, contudo, é precisamente nesse ponto que concepções abertas do *Civil Law* realizam a aproximação entre as duas famílias.

⁷⁸ DAVID, René. Op. cit., p. 363.

⁷⁹ DAVID, René. Op. cit., p. 371.

⁸⁰ DAVID, René. Op. cit., p. 371.

⁸¹ DAVID, René. Op. cit., p. 371.

sistema era caracterizado por um processo escrito, secreto e inquisitório, diferente daquele do *Common Law*, marcadamente oral e público⁸².

O sistema da *Equity*, contudo, e, de certo modo, o próprio modelo romano-germânico, foi confundido, na Inglaterra, com o absolutismo monárquico e, no curso das revoluções liberais que atingiram as Ilhas Britânicas antes de chegar ao continente, as decisões da corte de chancelaria – e, em decorrência, todo o sistema da *Equity* – terminaram por ter sua abrangência limitada às matérias a elas submetidas até o século XVI. Somente no século XIX os dois sistemas foram formalmente unificados, mantendo, contudo, algumas peculiaridades, quanto ao rito e quanto à matéria⁸³.

Seguindo Guido Soares:

Os EUA receberam a *Equity* no momento histórico em que as oposições *Common Law* v. *Equity* já se encontravam esmaecidas. Nos EUA inexistem *common lawyers* e *equity lawyers* e, a partir da última unificação em 1938 (na Justiça Federal), as *actions at law* e os *suits in equity* se encontram reunidos no que se denomina *civil actions*.⁸⁴

4.2.1 O *Common Law* nos Estados Unidos da América do Norte

É fato histórico incontroverso que a independência dos EUA, no último quarto do séc. XVIII, em termos filosóficos, consagrou a vitória do pensamento iluminista, e no da ciência política, significou o nascimento da Federação, como forma de Estado, e do Presidencialismo como forma de Governo.

Evidentemente esses conceitos não surgiram por geração espontânea, segundo Marc Plattner, em oposição ao modelo de República, concebido pelo Barão de Montesquieu – pequena, frugal e fundada na virtude – os *founding fathers* optaram “pela república grande caracterizada pelo governo representativo, pela tolerância religiosa e pela liberdade pessoal”⁸⁵, a busca do interesse individual, encontra-se, “et pour cause”, impressa na própria declaração de independência de 1776, em tradução

⁸² DAVID, René. Op. cit., p. 372.

⁸³ DAVID, René. Op. cit., pp. 373-374.

⁸⁴ SOARES, Guido Fernandes Silva. Op. cit., p.36.

⁸⁵ PLATTNER, Marc in GOLDWIN, R. A. e SCHAMBRA, W. A. [Org.], *A Constituição Norte-Americana*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1986, p. 26.

livre: “Tomamos como verdades evidentes que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes figuram a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.⁸⁶

Ao analisar o resultado da obra dos fundadores, fortemente inspirados por Locke, Plattner resume, quanto ao aspecto econômico, no que interessa ao presente trabalho, a teoria política que os inspirou em quatro pontos:

(1) o engenho e a busca de ganhos devem ser encorajados; (2) o engenho e a capacidade superiores merecem justamente as maiores recompensas materiais que tendem a naturalmente acumular; (3) o direito de propriedade privada precisa ser assegurado, tanto sob fundamentos de justiça como uma condição necessária para a promoção do engenho; (4) as leis devem favorecer a livre e rápida circulação de propriedade, de modo que todos possam ter oportunidade de tornar-se ricos e de modo que seja improvável que se formem classes distintas e permanentes de pessoas muito ricas ou pessoas muito pobres. Os fins políticos que estes princípios econômicos se destinavam a servir eram os agora objetivos liberais tradicionais de liberdade e prosperidade. A prosperidade nacional é produto de engenho individual, apoiado pela segurança garantida à propriedade privada. A liberdade se torna possível porque, dadas as instituições políticas adequadas (governo representativo, separação de poderes e um território grande), os homens dedicados a buscas engenhosas podem, em grande parte, seguir seu próprio caminho. A república maior baseada no auto-interesse econômico protege a esfera privada e dá-lhe espaço sem precedente para se expandir. Em comparação com o ideal republicano clássico, pode-se dizer que a versão madisoniana alimenta uma despolitização de grande alcance da sociedade humana. O governo não precisa mais supervisionar rigorosamente a moral, a religião e as opiniões do povo, pois não é requerido nem necessário um espírito público extraordinário. A pretendida busca de vantagem econômica e os hábitos do engenho oferecem um controle sobre as paixões mais perigosas e politicamente mais destrutivas do povo e os cidadãos prontamente hipotecam fidelidade a um governo que garante sua liberdade e fornece as condições políticas de que eles necessitam para a prosperidade.⁸⁷

Os EUA, como nação republicana, laica e de economia liberal, são, portanto, o resultado de um projeto ideológico que desembarcou na América com os peregrinos do *Mayflower*, assim, não é de se estranhar que em **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, Weber busque em Benjamin Franklin o elemento arquetípico do espírito animador da ordem econômica individualista que se tornou hegemônica no séc. XIX e que subjaz aos ordenamentos jurídicos desenvolvidos nesse contexto histórico:

⁸⁶ “*We hold these truths to be self-evident. That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness*”.

⁸⁷ PLATTNER, Marc. Op. cit., p. 37.

Nesse ponto, basta para os nossos propósitos chamar a atenção para o fato de que, sem dúvida, no local de nascimento de Benjamin Franklin (Massachusetts) o espírito do capitalismo (no sentido adotado)⁸⁸ estava presente antes da ordem capitalista. Havia queixas contra uma habilidade peculiar de cálculo para obtenção de lucro na Nova Inglaterra que se distinguia das outras partes da América desde os idos de 1632. Está fora de questão que o capitalismo permaneceu, de longe, menos desenvolvido em algumas colônias vizinhas, que depois se tornariam os estados do sul dos Estados Unidos da América, a despeito do fato de que essas últimas foram fundadas por grandes capitalistas por motivos comerciais, enquanto as colônias da Nova Inglaterra foram fundadas por pregadores e graduados religiosos com a ajuda de pequenos burgueses, artesãos e *yoemen*, por motivos religiosos. Nesse caso, a relação causal é certamente o inverso daquela sugerida pelo ponto de vista materialista.⁸⁹

4.2.2 Estrutura dos direitos no *Common Law* norte-americano

O sistema jurídico dos EUA, como é característica de todos os ordenamentos que compõem a família do *Common Law*, é essencialmente jurisprudencial e, naturalmente, a estes se assemelha no que diz respeito a conceitos jurídicos e à concepção mesma de regra de direito, conforme será demonstrado a seguir; entretanto, dada a sua forma de Estado Federal, ao papel nuclear desempenhado pela Constituição de 1787 e às influências recebidas de direitos de matriz romano-germânica, principalmente francês e espanhol, apresenta diferenças significativas em relação ao direito inglês do qual se originou e, destarte, se mostra mais suscetível do que este à adoção de códigos; essas peculiaridades levam Guido Fernando Silva Soares a qualificar o arcabouço jurídico estadunidense como um sistema misto entre *Common Law* e *Civil Law*⁹⁰.

Sobre as semelhanças com o Direito Inglês, René David ensina:

⁸⁸ Em uma brevíssima síntese: a associação de uma filosofia utilitarista de vida à atuação concreta dos indivíduos. “Pelo modo como estamos colocando o problema, é óbvio que estamos no referindo ao capitalismo da Europa ocidental e da América do Norte. O capitalismo existiu na China, na Índia, na Babilônia, no mundo clássico e na Idade Média. Mas, em todos esses casos, como veremos, o *ethos* particular faltou. Ora, todas as atitudes de Franklin são coloridas de utilitarismo. A honestidade é útil, pois assegura o crédito; e é assim com a pontualidade, com a industriiosidade, com a frugalidade e essa é a razão pela qual são virtudes”. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, São Paulo, Martin Claret, 2002, p. 48.

⁸⁹ WEBER, Max. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁹⁰ SOARES, Guido Fernandes Silva. *Op. cit.*, p. 58.

As categorias *common law*, *equity*, *torts*, *bailment*, *trusts*⁹¹ são as que um jurista americano, tal como um jurista inglês, considera como naturais. O Direito quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês é concebido sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo *normal* da regra de direito, estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente o jurista americano dirá naturalmente: “*There is no law on the point*” (Não há direito sobre a questão) mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja⁹².

Essa disposição não é contudo absoluta, nos EUA, muito mais que na Inglaterra, a lei escrita – *statute* – tende a ser considerada hierarquicamente superior ao *case law*⁹³.

A maior peculiaridade do sistema jurídico norte-americano se deve à sua forma de Estado, em particular, em virtude do estipulado pela Emenda Constitucional X de 1791 que dispõe: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados aos Estados, respectivamente, ou ao povo”⁹⁴; os Estados gozam, portanto, de competência originária em matéria de direito civil e penal, nas quais o direito federal é apenas residual⁹⁵, esta divisão de competências, que, por exemplo, não existe na Inglaterra, representa, nas palavras de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, a “*summa divisio material*” e também a maior dificuldade para a compreensão do modelo judiciário dos EUA⁹⁶.

Do confronto entre a organização federal dos EUA e a essência jurisprudencial do *Common Law* nasce, espontaneamente, uma dúvida sobre a superposição de normas federais e estaduais, assim formulada por David: “De que maneira se considera, nos Estados Unidos da América, esta *common law*? Existe, de fato, uma *common law* no âmbito federal e outra no dos Estados?”⁹⁷

⁹¹ O conceito de “*torts*” corresponde ao de responsabilidade civil por danos extracontratuais e o de “*bailment*” derivado de “*to bail*” que significa por em liberdade mediante fiança.

⁹² DAVID, René. Op. cit., p. 459.

⁹³ SOARES, Guido Fernandes Silva. Op. cit., p. 38.

⁹⁴ DOUGLAS, William O. *Uma Carta viva de direitos*, São Paulo, Ibrasa, p. 14.

⁹⁵ SÈROUSSI, Roland. Op. cit., p. 88.

⁹⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Direito nos Estados Unidos*, São Paulo, Manole, 2004, p. 1.

⁹⁷ DAVID, René. Op. cit., p. 463.

A resposta a esse questionamento nada singelo foi motivo de controvérsia naquele país desde a promulgação, em 1789, do *Judiciary Act* que, *in a nutshell*, determina às cortes federais que, nas lides que apreciem, na ausência de lei federal, levem em conta – após definida a regra de conexão atinente ao caso concreto⁹⁸ – as leis estaduais relativas à matéria; entretanto, a discussão não se dissipou devido a uma imprecisão semântica do legislador, a expressão “the laws” empregada no texto legal certamente abrange as regras de direito nascidas nos legislativos estaduais, entretanto, dada a natureza jurisprudencial do *Common Law*, abarcaria igualmente a jurisprudência construída em cada Estado? Em caso negativo, estaria o judiciário federal habilitado a construir uma *Common Law* federal, paralela, por assim dizer, as dos Estados⁹⁹? Após mais de um século de discussões, desde 1938, a questão está pacificada no sentido de não existir *Common Law* federal¹⁰⁰, exceto, evidentemente, nas matérias de sua competência originária.

René David chama atenção para o fato peculiar de independentemente da diversidade do direito norte-americano, existir uma unidade fundamental do mesmo em virtude de um certo número de fatores institucionais – em especial ao papel desempenhado pela Constituição Federal, pela *Bill of Rights*¹⁰¹ e pelas decisões da Suprema Corte¹⁰² – e ao que ele denomina estado de espírito dos juristas: “Nos Estados Unidos estudam-se todas as questões e se raciocina a partir do postulado de um unidade fundamental do direito americano”¹⁰³ quando algum julgado contraria esse espírito é tido como *bad law*¹⁰⁴ e pressupõe-se que sua doutrina será repudiada oportunamente.

⁹⁸ Em virtude da estrutura da federação norte-americana aplicam-se nas questões internas os mesmos métodos que, no Brasil, são estudados pelo Direito Internacional Privado, essa expressão mesma foi cunhada por Joseph Story professor da Harvard School of Law. SOARES, Guido Fernandes Silva. *Op. cit.*, p. 97.

⁹⁹ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 465.

¹⁰⁰ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 468.

¹⁰¹ Declaração de Direitos, composta pelas 10 emendas acrescentadas em 1791 ao texto original da Constituição.

¹⁰² Veremos mais adiante no tópico sobre as fontes do direito norte-americano a decisão no caso *Marbury v. Madison* de 1803 que inaugurou o papel de preponderância da suprema corte no sistema político-jurídico do s EUA.

¹⁰³ DAVID, René. *Op. cit.*, pp. 470-471.

¹⁰⁴ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 472.

4.2.3 As fontes de direito no *Common Law* norte-americano

Como já foi visto, ao contrário do que ocorre na família romano-germânica, no *Common Law*, não é a lei que ocupa o ponto focal do ordenamento, mas a jurisprudência, o que demanda um conhecimento sobre a organização judiciária dos EUA, e dos papéis desempenhados pela jurisprudência e pela *statute*.

A organização judiciária dos EUA compreende as cortes estaduais com dois ou três graus de jurisdição¹⁰⁵ e as cortes federais organizadas, em escala hierárquica, em Tribunais de primeira instância (*District Courts*), Tribunais de apelação (*Courts of Appeal*) e encabeçada pela *Supreme Court* incumbida de velar pela constituição – *judicial review*.¹⁰⁶

Sobre a Suprema Corte, afirma Godoy:

é o único tribunal específico e originariamente previsto no texto constitucional norte-americano. O juiz presidente é chamado *chief justice* e os demais de *associate justices*: há nove juízes¹⁰⁷. A corte reúne-se em Washington a partir da primeira segunda-feira de outubro até o fim de junho e revê decisões de tribunais de segunda instância, federais e estaduais. Em relação estes últimos, porém, a competência da Suprema Corte limita-se a temas de constituição ou lei federal. Tal corte também aprecia disputas entre cidadãos de diferentes estados e entre cidadão e estado diferente de seu domicílio.

Nos demais casos, a jurisdição da Suprema Corte é discricionária. Os juízes decidem apenas os casos que escolhem, que acreditam importantes para a explicitação da constituição. O jurisdicionado interessado requer que seu pedido seja atendido por meio de um *writ of certiorari* e torce pelo deferimento. Vigora a *rule of four* (regra dos quatro), isto é, quatro juízes devem manifestar-se favoravelmente à apreciação da matéria. Hoje, verifica-se que, de cerca de 7 mil pedidos anuais, menos de cem serão julgados¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Segundo Roland Sèrroussi em dois terços dos Estados há três graus de jurisdição e em um terço apenas dois. SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 95.

¹⁰⁶ Além desta incumbência, compete à Suprema Corte dirimir conflitos entre o governo central e os Estados e garantir os direitos individuais protegidos pela *Bill of Rights*. Ver a respeito GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Op. cit., pp. 63 e seguintes.

¹⁰⁷ “Nomeados vitaliciamente pelo Presidente dos EUA, com aprovação do Senado (advice and consent)”. SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 97.

¹⁰⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Op. cit., p. 5.

Desnecessário mencionar a influência da Suprema Corte na construção do ordenamento jurídico dos EUA e mesmo no exterior, segundo Sèrrousi: “só com ela seria possível retrair os dois séculos da história norte-americana”¹⁰⁹.

Para demonstrar a atuação da Suprema Corte, cumpre mencionar, em breve resumo, o *leading case* Marbury v. Madison fruto daquilo que Godoy chama de “criatividade constitucional norte-americana”¹¹⁰.

Ao fim do seu mandato presidencial, John Adams indicou John Marshall para *Chief Justice* e William Marbury, para juiz de paz em Washington – DC; entretanto, seu sucessor, Thomas Jefferson, membro de outro partido político, recusou-se a nomear Marbury para o cargo indicado. Este recorreu à Suprema Corte e pleiteou um *writ of mandamus* por meio do qual pretendia ser nomeado para o cargo, o Secretário de Estado de Jefferson, James Madison, responsável pela nomeação, foi citado para defender o Executivo, contudo não apresentou contestação.

O Tribunal estava em condições de decidir a questão com fundamento no *Judiciary Act* de 1789¹¹¹. Contudo, nas palavras de Godoy: “Marshall (que fora Secretário de Estado de John Adams) viu-se em situação difícil. Se ordenasse que Jefferson empossasse Marbury, não teria como implementar o comando; a Suprema Corte seria desmoralizada. Se desse razão a Jefferson, sem que ele sequer tivesse se defendido, pareceria temeroso, fraco; a Suprema Corte seria desmoralizada também”¹¹².

A Corte julgou ser incompetente para atender ao pedido de Marbury, embora este contasse com amparo legal, porque a Constituição apenas lhe conferira competências para atuar como Tribunal de Apelação, fato que não podia ser modificado pela lei. Assim, com um golpe de mestre, ao renegar poderes que uma lei

¹⁰⁹ SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 100.

¹¹⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Op. cit., p. 64.

¹¹¹ SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 111.

¹¹² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Op. cit., p. 65.

federal lhe conferia, a Suprema Corte criou o precedente do controle da constitucionalidade das leis nos EUA¹¹³.

Após a constituição, a principal fonte de direito nos EUA é composta pelo conjunto de decisões de tribunais que podem ser empregados pelos operadores de direito como precedentes em casos semelhantes.

A jurisprudência não desempenha, contudo, a mesma função na Inglaterra e nos EUA, em primeiro lugar os tribunais superiores – seja a Suprema Corte, sejam as jurisdições supremas dos Estados – nunca se sentem vinculados aos próprios precedentes¹¹⁴, ademais os juristas americanos buscam sempre moldar o direito à realidade em constante mutação como é natural em uma sociedade dinâmica¹¹⁵; assim, os precedentes – que são exclusivos dos tribunais – não têm na América do Norte o mesmo poder vinculante que nas Ilhas Britânicas.

Com isso não se quer diminuir a importância da *res judicata* que, regra geral, impede demandas posteriores que tenham os mesmos fundamentos apreciados anteriormente, a chamada *Stare Decisis*.¹¹⁶

É evidente a tensão entre a evolução do direito, que projeta modificações de conceitos e interpretações e uma ordem jurídica que proteja em demasia os precedentes judiciais, esse “stress”, no *Common Law*, ao contrário do que ocorre na família romano-germânica, é preponderantemente deixado a cargo dos juízes – donde

¹¹³ “So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution, or conformably to the constitution, disregarding the law, the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”. *Marbury v. Madison* in SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 194.

¹¹⁴ DAVID, René. Op. cit., p. 478.

¹¹⁵ SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 94. “Tecnicamente, uma decisão judiciária norte-americana (*opinion*) se apresenta como se segue: 1) resumo detalhado dos fatos na ordem cronológica; 2) a exposição dos pontos de direito suscitados; 3) a análise dos motivos ou das razões acatadas pela jurisdição e seguidos de muitas referências a fontes de direito; 4) O *holding*: trata-se da breve regra que a jurisdição fornece em resposta à regra de direito levada em conta; 5) a decisão, comparável ao dispositivo do direito francês que: confirma, modifica, quebra ou anula a decisão da jurisdição inferior”.

¹¹⁶ Derivada expressão latina “*stare decisis et non quita movere*”, i. e., “que as coisas permaneçam firmes e imodificadas em razão das decisões”. SOARES, Guido Fernandes Silva. Op. cit., p. 35.

a expressão *judge-made law*¹¹⁷ – em ambos, contudo, subjaz o dilema entre evolução do direito e segurança jurídica¹¹⁸.

Evidentemente, além da Constituição e da Jurisprudência, as leis emanadas do Legislativo – *statutes* – também constituem fontes de direito, entretanto, ao contrário da Constituição – descrita como *a superior paramount law*¹¹⁹ – não possuem vigência e eficácia imediatas, são encaradas, regra geral, como elementos não normais no *Common Law*, que exigem necessariamente a intermediação do Poder Judiciário para o seu ingresso efetivo no ordenamento jurídico.

A interferir com todo esse modelo, acrescenta-se que os EUA vivenciaram, principalmente no pós-guerra, uma “proliferação de leis”¹²⁰ e uma não menor expansão de normas de cunho administrativo¹²¹, nesse ambiente surgem os chamados códigos americanos – *revised laws* ou *consolidated laws*, dentre as quais o *Uniform Commercial Code* – ou *UCC* ou *the Code* – que desde 1968 é lei em todos os Estados da União, *but Louisiana*¹²².

Sobre tais “códigos”, porém, David alerta:

Não devemos iludir-nos com a denominação atribuída a essas compilações. Elas estão longe de poder ser consideradas código no sentido francês da palavra. O seu plano, redigido segundo uma ordem alfabética das matérias, bastaria para distingui-las dos códigos europeus. Mas, sobretudo, o seu objeto não é o mesmo: elas visam classificar apenas as leis americanas vigentes (no plano federal ou num determinado Estado) com exclusão da *Common Law*.¹²³

¹¹⁷ Foge inteiramente ao escopo deste trabalho comparar a maior ou menor legitimidade de qualquer dos dois sistemas, apenas a título de esclarecimento, nos EUA há Estados que adotam a eleição dos juízes das cortes superiores (assim, Michigan, Louisiana e Texas), enquanto em outros estes são indicados pelo Governador com a aprovação do legislativo estadual, SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 95.

¹¹⁸ DAVID, René. Op. cit., p. 492.

¹¹⁹ Cf. *Marbury v. Madison*.

¹²⁰ DAVID, René. Op. cit., p. 505.

¹²¹ Roland Sèrroussi afirma que as comissões norte-americanas são “ainda mais temíveis do que os Boards ingleses”, SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 113.

¹²² “The goal of national uniformity, however, was not discarded at a stroke. Two highly significant but less conspicuous forces remained at work: the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the American Law Institute (ALI). The National Conference has developed codes and model laws for adoption by the states. Its greatest triumph was the Uniform Commercial Code, which by 1968 was law in every state, but Louisiana...”, BANTAM/BRITANNICA BOOKS. op. cit., p. 12.

¹²³ DAVID, René. Op. cit., pp. 505-506.

Por fim, é importante mencionar o grande prestígio de que desfrutam nos EUA os métodos de análise conhecidos como teoria econômica do direito – *law and economics* que procuram estabelecer inter-relações entre o arcabouço jurídico e a *distribuição ótima* dos recursos de uma sociedade¹²⁴. Há doutrinadores, como R. A. Posner, da Escola de Direito de Chicago, então, juiz da 7ª Corte de Apelações dos EUA, que defendem que a meta implícita no *Common Law* é “a promoção de uma alocação eficiente de recursos”, ou como afirmou, em 1972, de modo menos incisivo, o professor Frank Michelman da Harvard Law School: “As normas consideradas como um todo tendem a parecer como se fossem escolhidas com um visão para a maximização da riqueza social (produção econômica como medida de preço) por juízes concordando com uma certa disposição de princípios teóricos (microeconômicos)”¹²⁵. Em relação a essa última afirmação pode-se perceber claramente a influência norteadora da constituição e dos princípios liberais hegemônicos nos EUA como a base ideológica a que se refere Michelman.

¹²⁴ Um dos métodos adotados pela ciência econômica para avaliar a distribuição dos – escassos – recursos materiais é o *critério de Pareto* segundo o qual “uma distribuição de recursos é eficiente se não for possível distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha sua situação melhorada e nenhuma outra tenha sua situação piorada. Uma situação eficiente de recursos é chamada de *ótimal de Pareto*”, Frank H. STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*, São Paulo, Makron Books, 1993, p. 41, é possível acrescentar ao lado do parâmetro eficiência, outros fatores, politicamente definidos como o da distribuição, cuja abordagem matemática é consideravelmente mais complexa, ver na mesma obra, pp. 59 e ss.

¹²⁵ Ambas as citações colhidas em STEPHEN, Frank H. Op. cit., p. 4.

5 O INSTITUTO JURÍDICO DO CONTRATO

Depois dessa longa, porém inescapável, introdução histórico-econômica, necessária aos propósitos de compreensão das peculiaridades de ambas as famílias jurídicas e da realidade econômica que, conforme se poderá ver, aproximam os ordenamentos jurídicos nacionais, faz-se mister situar o contrato do ponto de vista jurídico.

O **Direito dos contratos** pode ser compreendido como o ramo do direito que, por meio da construção científica de regras e estatutos lógicos, procura criar e organizar, empregando uma linguagem técnica, conceitos e categorias relacionados com o instituto jurídico do **contrato**¹²⁶, o qual, por sua vez, se reporta a operações econômicas¹²⁷ realizadas entre particulares.

Torna-se evidente, a partir de uma tal definição, que convivem no conceito de **contrato**, duas dimensões distintas: uma jurídica e outra econômica, porém, se aos olhos do século XXI, parece natural a singela idéia de que operações econômicas possam – ou mesmo devam – ser reguladas pelo Direito, essa concepção é, também ela, produto de um longo processo de evolução histórica¹²⁸.

Assim há que se distinguir o **contrato-operação econômica**, i. e. o substrato fático do instituto, do **contrato-conceito jurídico**, que o alberga sob o pálio do Direito; assemelham-se, as duas dimensões, às linhas sinuosas que o vento desenha na areia do deserto: acompanham-se mutuamente, sem, contudo, jamais se confundir;

¹²⁶ ROPPO, Enzo. O contrato, Lisboa, Livraria Almedina, 1977, pp. 7-10.

¹²⁷ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 11. No direito italiano o próprio código – art. 1.321 – define o contrato como o “acordo de duas ou mais partes para constituir regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”. De modo análogo, Orlando Gomes ao definir o contrato ensina: “Interessa assim mesmo fixar o exato sentido da palavra contrato porque a outras modalidades do concurso de vontades não se aplicam as regras que o regem. Deve ser empregada para designar o negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de *conteúdo patrimonial*” in GOMES, Orlando, *Contratos*, 25^a ed., atualizado por Humberto Theodor Junior, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 9.

¹²⁸ Para Enzo Roppo, essa absorção corresponde a “um iter histórico orientado complexivamente, de modo cada vez mais completo, as operações econômicas para a órbita e para o domínio do direito submetendo-as às suas regras vinculativas”. ROPPO, Enzo. Op. cit., p.16

para Roppo, a dimensão jurídica representa o invólucro formal da operação econômica e se dela for dissociada, resta vazia, abstrata e incompreensível.¹²⁹

Partindo do elemento mais concreto para o mais abstrato, é possível, construir uma cadeia lógica que relaciona todos esses elementos: Uma determinada transferência de riqueza implica a existência de operação econômica (“contrato-operação-econômica”) passível de ser disciplinada e protegida por um contrato (aqui “contrato-conceito-jurídico”) e estudada pela **Ciência do Direito**, especificamente o **Direito dos Contratos**.

Essa tendência à abstração é própria da evolução histórica do conceito do contrato, por exemplo, no Direito Romano, não foi senão a partir do período justiniano que surgiu a concepção de um “contrato inominado” apto a revestir juridicamente operações econômicas variáveis e de constituir um instrumento dotado de autonomia jurídica em relação a estas. No período clássico, ao contrário, apenas eram reconhecidos uns poucos contratos típicos que gozavam de efeitos vinculantes, principalmente, em virtude de formalidades permeadas de significações místicas¹³⁰.

A evolução do contrato na Inglaterra percorreu itinerário semelhante:

Igualmente significativo é o panorama do direito inglês... Também aí, na origem, não existia a idéia de contrato como figura jurídica autônoma e instrumento legal e institucionalmente preparado para revestir operações econômicas, sancionando e tornando vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. Se uma promessa fosse mal cumprida de todo, o promissário podia fazer valer suas razões com uma ação *ex delicto*: por outras palavras, a sua posição era tutelada pelo direito, não porque fora celebrado um contrato e o contrato fora violado pela contraparte, mas só porque tinha sofrido desta última um agravo e um dano (tal como se por ela tivesse sido acidental ou deliberadamente ferido no corpo, ou se tivesse sido destruída ou danificada sua propriedade), fora, portanto, da idéia de uma relevância jurídica específica da promessa em si, do contrato, enquanto tal. Só mais tarde, ao cabo de uma longa e tormentosa evolução, se afirmaria, naquele sistema, a idéia do contrato como fonte autônoma e causa de sancionamento jurídico da promessa, como veste legal típica das operações econômicas.¹³¹

A partir do fim da idade média, continua Roppo, a evolução do direito dos contratos se confunde com a evolução econômica da Europa, atuando mesmo, para

¹²⁹ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 9.

¹³⁰ MOREIRA ALVES, p. 16, Direito Romano, v. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 198 e seguintes.

¹³¹ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 17.

tanto, como um “formidável instrumento ideológico”¹³², como exemplo refere-se à chamada lei de Maine – devida ao estudioso inglês Henry Sumner Maine – para quem a evolução das sociedades humanas constitui um processo de transição do “status” ao contrato.¹³³

Segundo a perspectiva do século XIX, portanto, evoluir significava liberar os servos do “status” jurídico vigente no “ancien régime”, imputar-lhes capacidade e liberdade para *contratar*, conferindo-lhes, em consequência, aptidão para participar do crescente tráfico comercial – inclusive com o poder de dispor de sua força de trabalho.

A Lei de Maine, reflexo da ideologia do contratualismo, contudo, não explica a realidade, apenas a descreve; a superação do *status* – i. e. das distinções à capacidade dos indivíduos impostas pelo *rank* social – juridicamente resolvida pela unificação formal do sujeitos de direito, decorre de exigência intrínseca da nova sociedade industrial inaugurada pelas revoluções na Inglaterra, nos EUA e na França.

A ampla liberdade contratual assim construída implica, em contrapartida, uma equivalente responsabilidade pelos compromissos assumidos, resumida no princípio “*pacta sunt servanda*”¹³⁴, sem nenhuma consideração, no primeiro momento, por eventuais desigualdades materiais entre os contratantes que pudessem conduzir a contratos injustos. Vigia, então, a doutrina: *qui dit contractuel dit juste*¹³⁵, que a concretude dos fatos se encarregaria de colocar em cheque nos cem anos seguintes, conforme se verá.

Em apertado resumo, para Enzo Roppo, a mera leitura dos códigos da Europa continental permite estudar a evolução do **contrato-conceito jurídico**. A primeira

¹³² ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 50: “o contrato – como instrumento técnico jurídico de realização das operações econômicas – e o direito dos contratos – como conjunto de regras legais e jurisprudenciais que definem sua disciplina, e portanto as suas modalidades de funcionamento – assumiram e assumem papéis e funções reais, historicamente diversos em quantidade e relevância e conforme os vários contextos e as várias formas de organização econômico-social em cada momento prevalentes; contudo, as doutrinas, as teorias, os princípios elaborados em torno do contrato e do direito dos contratos não traduziram de modo fiel e objetivo, as funções e os papéis por aqueles realmente assumidos, mas ao invés ocultaram-nos e distorceram-nos, em termos de transmitir uma imagem intencionalmente deformada da realidade, convertendo-se, portanto, justamente em matéria de outras ideologias”.

¹³³ *Apud* ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 26 e seguintes.

¹³⁴ Que será melhor conceituado adiante.

¹³⁵ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 35.

codificação moderna – o Código de Napoleão de 1804 – consagra a **propriedade** como elemento central do direito privado, cabendo ao *contrato* uma posição secundária, de instrumento de circulação de riqueza.

A codificação alemã, de 1896, porém, vem alterar significativamente esse quadro; fruto de um trabalho de abstração e sistematização, o BGB¹³⁶ eleva a **vontade** ao papel de força primordial de criação de direitos e obrigações e, em decorrência, ao de ponto focal do sistema, ínsita, até mesmo, a afastar a ingerência dos poderes públicos nos negócios entre particulares.¹³⁷ Nesse sentido, afirma Westermann:

A autonomia privada, como princípio da formação do direito, é indispensável para qualquer ordem jurídica que não tenha por desejável ou realizável uma normatização pelo poder público de todas as concebíveis relações jurídicas de alguma monta. O compromisso livremente assumido, o contrato celebrado autonomamente ou, como ocasionalmente se diz, a “*lex contractus*”, traz em si a garantia da justeza que uma outorga de direitos e deveres pelo poder público, executada e supervisionada administrativamente, não poderia pretender. Em princípio, portanto, não tem lugar qualquer controle da “justeza contratual” ou da adequação entre a prestação e a contraprestação. O legislador do BGB tomou por ponto de partida o de que deveria prevenir um poder de controle e interferência apenas para casos extremos de abuso de liberdade contratual (§ 138).¹³⁸

A evolução entre as perspectivas dos legisladores francês e alemão reflete, para Roppo, a própria modificação do conceito de riqueza, marcado pela sua crescente mobilização e desmaterialização que “tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva *estática*, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão” em favor do contrato que não mais “se limitaria a transferir a propriedade, mas até mesmo a criá-la”¹³⁹, por exemplo, por meio da concessão de um direito de exploração de uma marca ou patente, acordado entre duas sociedades empresárias, a fonte da renda daquela que adquire o direito deriva, em primeiro lugar, do contrato que o assegura, e apenas secundariamente dos demais bens que lhe permitirão o usufruto

¹³⁶ “Bürgerliches Gesetzbuch”, o Código Civil alemão.

¹³⁷ ROPPO, Enzo. Op. cit., pp. 29 e seguintes.

¹³⁸ WESTERMANN, Harm Peter. Op. cit., p.25, com a seguinte ressalva: “É verdade que neste posicionamento básico se esconde um porção de *pathos* liberal pela liberdade, a idéia de um livre jogo de forças auto-regulador e por isso superior à ordenação pelo poder público”.

¹³⁹ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 64.

da atividade de exploração. A própria sociedade empresária, núcleo da estrutura produtiva contemporânea, constitui-se por meio de contratos¹⁴⁰.

Entretanto, a massificação da produção e do consumo, causaram danos profundos à estrutura lógica concebida no século XIX, a ponto de ser impossível pensar, nos dias que correm, em negociações formais e acordos explícitos de vontade entre produtores e consumidores, em cada uma das milhões de operações contratuais, corriqueiras em sociedades industriais avançadas (ou emergentes).

¹⁴⁰ Código Civil de 2002, art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Trata-se do primeiro artigo do Capítulo Único *Disposições Gerais* do Título II *Da sociedade*.

6 O DIREITO DOS CONTRATOS NO BRASIL

6.1 Introdução

O contrato, nos ordenamentos da família romano-germânica, não derivou do conceito com essa designação existente no Direito Romano, mas do ideal moderno de igualdade que o adotou, a partir do Código de Napoleão, como instrumento jurídico que, por excelência, reveste operações econômicas.

Em sentido estrito, **contrato**, para Orlando Gomes, designa “o negócio jurídico bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”¹⁴¹, obrigação esta, de natureza **pessoal**, de **dar**, **fazer** ou **não fazer**; mas não **real**, vale dizer, inapta para produzir, por si só, a transferência de propriedade, apenas funcionando como título de aquisição¹⁴².

De acordo com a mentalidade do séc. XIX, o contrato, tal como um solvente universal, emerge, nas palavras de Orlando Gomes, como “uma categoria que serve a todos os tipos de relação entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social”.¹⁴³

Entretanto novas modalidades de negócio passam a exigir novas formas de contratos. A dinâmica social do século XX, não coube na moldura jurídica concebida no século anterior e demandou, por exemplo, a simplificação do processo de formação dos contratos que está associada à notável expansão dos **contratos de adesão**¹⁴⁴.

¹⁴¹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 9, o autor se refere ainda a um sentido amplo do termo contrato que refere o negócio jurídico formado pelo concurso de vontades.

¹⁴² Conforme VENOSA, Silvio de Salvo in *Direito Civil, Direitos reais*, 3ª. ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 169: “Por nosso sistema, o contrato é veículo, é instrumento (embora não o único) para a aquisição das coisas, mas por si só não transfere a propriedade. O domínio transmite-se pela tradição no tocante aos bens móveis e pela transcrição do título aquisitivo para os imóveis. Seguiu-se a tradição romana: *traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*”.

¹⁴³ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 6.

¹⁴⁴ “Uma das figuras mais interessantes do Direito Contratual moderno é o *contrato de adesão*...No contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”, GOMES, Orlando. Op. cit., p. 109.

Os novos tempos implicaram inevitáveis repercussões no regime legal dos contratos, dentre as quais se destaca a tendência a uma intervenção estatal cada vez mais acentuada no direito privado, da qual o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078/90 – é o melhor exemplo no ordenamento jurídico brasileiro; e, acrescenta-se, de novas formas de interpretação como a leitura do direito civil – e do contrato em particular – à luz da constituição¹⁴⁵.

Pretende-se nesse trabalho comparar, não apenas os elementos estruturais do conceito de contrato nas duas famílias, mas, igualmente, o estado-da-arte na matéria em ambos os ordenamentos.

6.2 Terminologia

“Os sujeitos da relação contratual chamam-se *partes*”¹⁴⁶ e, dado que há uma manifestação de vontades concorrente e sucessiva, àquele que toma a iniciativa do contrato dá-se o nome de **proponente** ou **policitante** e ao que aceita, o de **oblato** ou **aceitante**¹⁴⁷. As disposições convencionadas pelas partes quando constantes de um instrumento escrito chamam-se **cláusulas**¹⁴⁸.

6.3 Princípios que regem os contratos no ordenamento jurídico brasileiro

Recolhem-se, nessa seção, alguns princípios, uns clássicos, outros inovadores, que regem o direito dos contratos no Brasil. De antemão é necessário destacar as tensões filosóficas que existem no objeto estudado, especialmente em um estudo de direito comparado, em que as diferenças de mundivisão são da essência mesma do tema.

¹⁴⁵ Sobre a fundamentação metodológica sobre o assunto ver NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, Curitiba, Juruá, 2002, pp. 31 e seguintes.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., p.10.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., p.16.

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 17.

Em seu livro sobre princípios fundamentais do direito dos contratos, Fernando Noronha, citando Jacques Ghestin, menciona a busca de uma solução de compromisso entre o papel da vontade – *le rôle de la volonté* – que se encontra em um dos pólos desta questão principiológica e a busca fundamental da justiça – *la recherche fondamentale de la justice*. Do primeiro pólo se desdobram: a liberdade “que faz do homem um ser responsável” e a segurança jurídica necessária a uma convivência pacífica entre os cidadãos, enquanto do segundo: a justiça contratual e a boa-fé¹⁴⁹.

6.3.1 Princípio da autonomia da vontade – princípio da autonomia privada

Voluntas facit legem, o princípio da “autonomia da vontade” de inspiração Kantiana, “para quem a dignidade da pessoa não se compadece com a submissão a leis outras que não aquelas que dê a si mesma”¹⁵⁰, é definido por Orlando Gomes como “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”¹⁵¹, o qual se encontra respaldado pelos princípios constitucionais da liberdade, art. 5º, caput, e da livre iniciativa, art. 170, caput.¹⁵²

São decorrência desse princípio: a faculdade de decidir sobre a conveniência, ou não, de estabelecer um negócio jurídico contratual; a liberdade de escolher com quem contratar e a de estabelecer o conteúdo do contrato¹⁵³. Vincula-se, como será visto a seguir, ao princípio da força obrigatória do contratos.

¹⁴⁹ GHESTIN, Jacques. *Les obligation: le contrat*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 114-136 *apud* NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 102-106.

¹⁵⁰ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 112.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁵² NALIN, Paulo *Op. cit.*, p. 161.

¹⁵³ Esses postulados correspondem à concepção clássica do princípio da autonomia da vontade, entretanto a modernidade criou novas modalidades de contrato que violam um, ou alguns desses atributos, por exemplo: o contrato obrigatório – que desdenha a primeira característica – e o já mencionado contrato de adesão que viola a terceira. Ver NALIN, Paulo. *Op. cit.*, pp. 114 e 115.

Pacífico é o entendimento de que, pelo menos duas limitações sempre foram opostas à autonomia da vontade: as regras legais de ordem pública e as barreiras éticas dos bons costumes¹⁵⁴.

O princípio da autonomia da vontade confronta-se com o do (rígido) formalismo que costuma vigor em ordenamentos jurídicos mais primitivos, e apresenta como um subprincípio¹⁵⁵ o do consensualismo.

Em breves palavras, o **princípio do consensualismo** representa a superação de exigências que condicionem a eficácia de um contrato à prática de determinados ritos ou à pronúncia de determinadas palavras. Ao preconizar que o acordo de vontades é o elemento, por excelência, formador dos contratos, o direito moderno possibilita novos tipos de composição de vontades necessários às novas necessidades econômicas existentes na sociedade¹⁵⁶.

O esmaecimento do *laissez faire, laissez passer*, entretanto, verificado nos últimos cem anos, trouxe como consequência a aceitação de um maior grau de intervenção do Poder Público, nos negócios privados, cuja implicação, no campo jurídico, foi a reestruturação do princípio da **autonomia da vontade** – kantiano – que passou a ser melhor definido como **autonomia privada**. Fernando Noronha, descreve a nova concepção como a: “...liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços...nos limites e com as finalidades assinadas pela *função social do contrato*”.¹⁵⁷

A “funcionalização” dos institutos jurídicos nos ordenamentos da família romano-germânica implica a introdução de elementos extrajurídicos – filosóficos,

¹⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*, 3ª. ed., Rio de Janeiro, Aide, 2001, p.17.

¹⁵⁵ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁵⁶ Ainda há exceções: contratos solenes e contratos formais; que de acordo com Orlando Gomes “não infirmam a regra, segundo a qual a simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato”. GOMES, Orlando. *Op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁵⁷ NORONHA, Fernando Noronha. *Op. cit.*, p. 115.

sociológicos, antropológicos etc – em sua concepção e interpretação, “oxigenando-as”¹⁵⁸.

Em particular, em relação ao contrato, a funcionalização do conceito se divide em dois aspectos: um intrínseco que alude à adoção de novos princípios como o da igualdade material e da boa-fé objetiva e outro extrínseco com repercussões no princípio da relatividade dos efeitos que será analisado em seguida¹⁵⁹.

Curiosamente, a “publicização” do direito privado¹⁶⁰ nascida, na família romano-germânica, da necessidade concreta de superar o abstracionismo formal, erigido à condição de dogma pelo positivismo jurídico, leva a uma aproximação – ao menos operacional – do modelo jurídico do *Common Law*, veja-se em Paulo Nalin, ao criticar a concepção positivista do contrato:

Apesar de predominante e razoável a idéia de que a atuação legislativa forte no segmento contratual representa a grande alavanca de estabilização do novo perfil do princípio invocado, o que não pode ser tomado como absoluto,..., preferível localizar no Judiciário e na figura do juiz, a grande missão renovadora. Cabe, ao magistrado, a interpretação dos negócios jurídicos genéricos, firmados sob o elã da cláusula geral da boa-fé contratual¹⁶¹, sobretudo, porque dela se podem extrair os valores constitucionais de dignificação do homem aqui investido do título de contratante, para recompor direitos e obrigações estabelecidos, conforme o princípio de solidariedade social.¹⁶²

Orlando Gomes rememora uma sentença lapidar de Larcodaire, que resume o conteúdo de tratados inteiros sobre a matéria: “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.¹⁶³

Em sentido contrário, como sintoma da tensão antes mencionada, afirma Fabio Ulhoa Coelho:

em relação aos efeitos que a reliberalização do estado capitalista pode trazer para o direito não é um despropósito antever o ressurgimento de princípios e noções que, ao longo do século XX, pareceram progressivamente relegados aos capítulos “históricos” dos compêndios de

¹⁵⁸ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 216, significa trazer um certo grau de abertura ao ordenamento.

¹⁵⁹ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 226.

¹⁶⁰ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 173.

¹⁶¹ Que será comentada em seguida.

¹⁶² NALIN, Paulo. Op. cit., pp.173-174.

¹⁶³ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 30.

doutrina. Penso especificamente nos padrões jurídicos de inspiração liberal centrados na noção de autonomia da vontade.¹⁶⁴

6.3.2 Princípio da força obrigatória dos contratos

Em sua forma clássica a força obrigatória dos contratos é sintetizada na fórmula latina *pacta sunt servanda* que, no dizer de Orlando Gomes, constitui a “pedra angular da segurança do comércio jurídico”.¹⁶⁵ Assim, de acordo com uma interpretação mais estrita deste princípio, o negócio jurídico que atenda todas as regras normativas do ordenamento jurídico incidentes sobre a matéria, constitui-se ato jurídico perfeito, protegido pela Constituição de 1988, art. 5º., XXXVI, e, se torna, assim, “imune de modificações, seja pela vontade unilateral de qualquer dos contratantes, seja do juiz e até mesmo do legislador”.¹⁶⁶

Tal grau de dogmatismo, contudo, começa a sofrer erosão ainda no primeiro quartel do século XX, Orlando Gomes menciona que, na França, a Lei Failliot, de 1918, eximiu as partes de contratos mercantis prolongados no tempo, das obrigações que, em virtude da primeira guerra mundial, lhes houvessem causado prejuízos excessivos, vale dizer, cujo custo respectivo não pudesse ser razoavelmente calculado antes do conflito. Esse diploma legal constitui um marco histórico da *teoria da imprevisão* – recuperada do direito canônico – e sintetizada por outro adágio latino: *rebus sic stantibus*, que pode ser compreendida como uma cláusula implícita em qualquer contrato, passível de ser invocada sempre que se manifestar uma situação imprevisível e que cause uma severa desvantagem econômica para uma das partes¹⁶⁷.

Mais uma vez a síntese entre ambas as doutrinas é necessariamente encargo do magistrado que analisa o caso concreto, de modo semelhante ao que ocorre na família do *Common Law*.

¹⁶⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 2ª ed., v. 1, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 7.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 36.

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 23.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., pp. 37-39, a expressão latina completa é: *contractus qui habent tractum sucessivum et dependetiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

Sobre as posições jurisprudenciais nessa matéria, ensina Humberto Theodoro Júnior:

Nossa jurisprudência tem reconhecido de forma unânime, a aplicabilidade da teoria da imprevisão, nos moldes citados¹⁶⁸, para abrandar em casos excepcionais, o princípio da força obrigatória dos contratos, consubstanciado na regra do *pacta sunt servanda* (TAMG – Ap. 26.155, Rel. Juiz Hugo Bengtsson, ac. 23/09/86, *in* Julgados 28/97; STF, RE 62.933, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, ac. 08/11/67, *in* Revista Forense, 229/52; TJSP, Ap. 172.247, *in* RT, 404/145; TAGB, Ap. 19.359, *in* Revista Forense, 239/147 etc). Mas esse posicionamento dos tribunais brasileiros destaca sempre o caráter excepcional da teoria da imprevisão que somente pode afastar o princípio da força obrigatória dos contratos em situações de extrema gravidade, que possam colocar o devedor em situação ruinosa que não previu nem podia prever ao tempo do negócio jurídico...Mas é preciso ter bem seguro que a teoria da imprevisão não aboliu o princípio da força obrigatória do contrato nem tornou passível de alteração o negócio jurídico simplesmente porque a conjuntura econômica tornou mais ou menos onerosa sua execução, dentro da álea natural do mundo dos negócios.¹⁶⁹

Analisando sob outro prisma, escreve Paulo Nalin:

a equidade contratual inspira um novo modelo de justiça rompendo com o perfil dogmático (absoluto) do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). É claro que o *pacta sunt servanda* ainda vige no sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não pelo argumento de que sobre ele se edifica a idéia de segurança jurídica¹⁷⁰ nas avenças. uma vez afirmado que a justiça contratual reside na comutatividade da relação. pois a atual segurança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos.¹⁷¹

A resolução por onerosidade excessiva foi incorporada ao ordenamento positivo brasileiro nos termos do art. 474 do Código Civil de 2002, que não guarda correspondência com qualquer dispositivo do revogado Código de 1916.

6.3.3 Princípio da boa-fé contratual

Sobre a boa-fé e a distinção entre subjetiva e objetiva, Judith Martins-Costa, ensina de modo cabal:

¹⁶⁸ Isto é, quando presentes os requisitos da alteração radical das condições econômicas objetivas do contrato, a onerosidade excessiva para uma das partes e a absoluta imprevisibilidade em um contrato execução diferida ou sucessiva.

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 26.

¹⁷⁰ Como afirma Orlando Gomes.

¹⁷¹ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 142.

A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’ ou convencimento de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à má-fé, também vista como a intenção de lesar a outrem.

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo conotação que adveio da interpretação conferida pelo § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *Common Law*– modelo de conduta social arquetipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquetipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjetivo.¹⁷²

Uma conseqüência evidente da adoção de tal concepção (a que Martins-Costa atribui o adjetivo de revolucionária¹⁷³) é aproximar as famílias jurídicas romano-germânica e do *Common Law*. Do ponto de vista prático, quanto a seus efeitos pode-se afirmar com Nalin que “...quanto maior for a equivalência de forças na relação maior também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes mais arraigado será o preenchimento da boa-fé¹⁷⁴ no espaço do contrato”.¹⁷⁵

O Código Civil incorporou esse princípio ao ordenamento jurídico brasileiro em seu art. 422, juntamente com o princípio correlato da probidade.

6.3.4 Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos

Este princípio se relaciona com a eficácia do contratos, significa que, se é certo que o contrato – repita-se, nos limites definidos pelo ordenamento jurídico – faz lei entre as partes, é igualmente certo que a eficácia dos direitos e obrigações daí nascidos

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 411.

¹⁷³ Para justificativas detalhadas ver MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, pp. 382 e seguintes.

¹⁷⁴ Objetiva, está implícito no contexto.

¹⁷⁵ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 138.

restringe-se às partes contratantes. Os manuais ainda costumam registrar a síntese latina desse princípio: *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*.¹⁷⁶

Entretanto, como visto acima, a funcionalização do contrato obriga a que se atente para as repercussões que provoque no meio social em que nasce, donde se deduz, portanto, a legitimidade de se extrapolar o interesse exclusivo das partes nele envolvidas¹⁷⁷. Pode-se dizer que essa construção lógica corresponde à aplicação, no campo jurídico, do conceito de externalidade derivado da economia política, o que está em perfeita conformidade com a noção de funcionalização antes mencionada.

6.3.5 Princípio da confiança e satisfação dos interesses dos contratantes.

Paulo Nalin inscreve o princípio da confiança e satisfação dos interesses dos contratantes na nova ordem de princípios que regem o contrato contemporâneo. pode-se percebê-lo como uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva à concepção da obrigação como um processo, assim,

...o princípio da confiança, localizado desde antes da formação do contrato, até sua execução. dá conta, enquanto na fase da aproximação negocial de proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam. A confiança guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, não só porque se louva dos deveres anexos de cuidado, informação, segurança e cooperação, construídos a partir de seus desdobramentos, como representa, ainda, um dos mecanismos de interpretação dos contratos, o qual se realiza em vista do comum significado que as partes atribuem ao conteúdo negocial.¹⁷⁸

6.3.6 Princípio da justiça contratual

O princípio da (busca da) justiça contratual representa, de certa forma, uma síntese de todos os princípios até aqui estudados, para Fernando Noronha, antes de mais

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios, 3a edição, Rio de Janeiro, Aide Editora, 2001p. 32 e GOMES, Orlando. Op. cit., p. 43.

¹⁷⁷ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 226.

¹⁷⁸ NALIN, Paulo. Op. cit., p. 154.

nada, justiça é valor¹⁷⁹; segundo Noronha, já Aristóteles, no livro V, da *Ética a Nicômaco*, distingue duas espécies de Justiça¹⁸⁰: a **distributiva** que relaciona (em termos modernos) indivíduo e sociedade, e procura promover a divisão do bem comum conforme o mérito individual – o que conduz ao problema (muito além do escopo do presente trabalho) de definir os critérios de avaliação desse mérito¹⁸¹ – e a justiça **corretiva**, a que também se denomina **comutativa**, que se manifesta “...nas transações entre um homem e outro”¹⁸², e, portanto, diz respeito, mais de perto, à **justiça contratual**¹⁸³.

O fato de, tradicionalmente (ou melhor, desde o século XIX), não ser dedicada análise nenhuma específica ao princípio da justiça contratual não quer dizer que a justiça não estivesse presente na preocupação dos juristas, ou quando não dos juristas positivistas, que fosse descuidada pelos filósofos do direito e pelos legisladores....raras eram, então, as vozes discordantes como a de Jhering que ainda em pleno século XIX já dizia que a justiça está acima da liberdade.¹⁸⁴

É intuitivo, contudo, que, ao contrário do dogmatismo do *novecento*, em termos ideais, a igualdade substancial deve balizar a justiça comutativa e não a igualdade meramente **formal**, vale dizer, deve sempre existir equivalência entre direitos e obrigações para ambas as partes contratantes, e, do ponto de vista jurídico, tal equilíbrio deve ser sopesado sob o ponto de vista **objetivo** e nunca subjetivo¹⁸⁵, dada a imperscrutabilidade da alma humana.

Por sua vez, esta justiça substancial objetiva apresenta duas vertentes: a primeira, diz respeito à equivalência entre prestação e contraprestação, também conhecido como **princípio objetivo da equivalência**, o qual enseja diversas

¹⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 207.

¹⁸⁰ “É evidente, então, que existe mais de uma espécie de justiça”, ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo, Martin Claret, 2002, p. 107.

¹⁸¹ “Pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: os democratas o identificam com a condição do homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento) e os partidários da aristocracia com a excelência”, ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 109.

¹⁸² ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁸³ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 215.

¹⁸⁴ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 219.

¹⁸⁵ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 221.

disposições normativas como, e. g., a possibilidade de reclamar abatimento do preço da coisa deteriorada, art. 235 do Código Civil de 2002¹⁸⁶; quanto à segunda, de bem mais recente compreensão¹⁸⁷, corresponde à distribuição eqüitativa de ônus e riscos que se revela fundamental no terreno dos contratos de adesão que tendem a “transferir” todos os riscos para uma das partes – o aderente – e que, no Brasil, recebeu tratamento especial, no caso das relações de consumo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁸.

Chega-se, neste ponto, a um dilema, como conciliar a **justiça comutativa substancial objetiva** com a **autonomia privada** – que, convém não esquecer, nasce da igualdade formal pressuposta entre os cidadãos, ou seja, com a **justiça comutativa formal**? Para Fernando Noronha, uma solução de compromisso adequada seria presumir a primeira da segunda:

...em princípio, deve admitir-se ser substancialmente justa a relação entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos, que as próprias partes estabeleceram. Garantidas as condições para a realização da justiça formal é de se presumir que o contrato seja justo, já que em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma eqüitativa. Tal presunção de realização da justiça substancial objetiva através de mero acordo das partes consubstanciado no contrato, só não valerá em casos especiais, em que as razões em que se baseie não se verifiquem – como quando não se realizam as condições de justiça formal (seja devido a presença de vícios do consentimento ou à existência de incapacidades, seja por não ser possível qualquer discussão sobre o teor do contrato, como acontece nos contratos padronizados e de adesão), ou quando, ainda que tais condições estejam presentes, outros fatores efetivamente gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado o seu negócio).¹⁸⁹

Vistos os princípios, passa-se aos pressupostos e requisitos dos contratos.

¹⁸⁶ NORONHA, Fernando.Op. cit., p. 222.

¹⁸⁷ Segundo Fernando Noronha, deve-se seu estudo à Karl Larenz, NORONHA, Fernando.Op. cit., p. 222.

¹⁸⁸ NORONHA, Fernando.Op. cit., p. 224.

¹⁸⁹ NORONHA, Fernando.Op. cit., pp. 225-225

6.4 Pressupostos e requisitos

Pressupostos são os elementos extrínsecos de um contrato, representam as condições de desenvolvimento do negócio jurídico: **capacidade da partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo**¹⁹⁰.

Além desses pressupostos, necessários, mas não suficientes, à concretização do negócio jurídico contratual, vale dizer, para que este cumpra sua função econômico-social, existem, como se pode deduzir desta argumentação, requisitos intrínsecos, quais sejam: o **consentimento**, a **causa**, o **objeto** e a **forma**, indispensáveis à validade de qualquer contrato¹⁹¹.

Segundo Jorge Mosset Iturraspe, os elementos constitutivos do contrato, a que Orlando Gomes denomina requisitos, “recibian, en la doctrina clásica, la denominación de elementos esenciales o *essentialia communia*, porque sin su presencia cualquier contrato – típico o atípico – carece de validez. Sobre ellos no puede actuar la autonomía de la voluntad”¹⁹².

Não há muito campo para discorrer neste trabalho sobre a capacidade – jurídica – das partes ou sobre a idoneidade (que abrange licitude, possibilidade e determinabilidade) do objeto: tão-somente que se encontram previstos como requisitos de validade de qualquer negócio jurídico nos incisos I e II do art. 104 do Código Civil de 2002, assim como já estavam no Código de 16. Sobre a legitimação referida por Orlando Gomes, trata-se de um instituto de origem processual que traz a noção de aptidão para o exercício do direito de ação, que foi introduzido no direito privado como uma condição a que determinada pessoa movimente uma relação jurídica contratual, assim, por exemplo, um contrato celebrado por uma pessoa – capaz – que *não* possa ter nenhum interesse sobre seu objeto considera-se, destarte, realizado por parte ilegítima e deve ser considerado inválido, mesmo que seu objeto seja

¹⁹⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 45

¹⁹¹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 45.

¹⁹² ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contrato*, 3^a. ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998, p.55.

perfeitamente possível.¹⁹³ Observe-se que tais circunstâncias devem, forçosamente, ser deduzidas em juízo, constituindo mais um quesito a ser analisado pelo juiz.

6.4.1 O consentimento

Em termos jurídicos, **consentimento** tanto pode significar a integração de vontades das partes, necessária à formação do contrato, quanto cada declaração individual isolada. A vontade assim declarada deve revestir-se do firme propósito de realizar o contrato – gracejos não possuem valor jurídico. Se houver divergência entre a vontade real e a declarada, provocada por uma determinada causa, tem-se o **vício do consentimento** seja por erro, dolo ou coação¹⁹⁴.

O art. 112 do Código Civil de 2002 orienta o operador do direito a buscar antes a intenção do que o sentido literal da linguagem na perquirição do conteúdo de uma declaração de vontade.

Atente-se para o fato de que o consentimento é exteriorizado por uma declaração da vontade que tanto pode ser verbal, quanto escrita ou mesmo meramente simbólica – e. g. levantar o braço em um leilão. Diferentes espécies de contrato demandam diferentes formas de consentimento no ordenamento jurídico brasileiro – mesmo o silêncio pode significar anuência se os costumes assim o autorizarem, conforme estipula o art. 111 do Código Civil de 2002.

6.4.2 A forma

A regra, no direito brasileiro, é a forma livre para os contratos, excetuando-se aqueles formais ou solenes especificados em lei, art. 107 do Código Civil de 2002, para os quais o descumprimento da forma prescrita – v. g. a necessidade de escritura pública para a transferência de direitos reais sobre imóveis cujo valor seja superior a trinta vezes o maior salário mínimo do país – implica a invalidade do contrato.

¹⁹³ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 47.

¹⁹⁴ GOMES, Orlando. Op. cit., pp. 48-49.

6.4.3 Objeto do contrato

A obrigação que nasce de um contrato tem por objeto uma prestação e esta, por sua vez, tem um objeto que pode ser, por exemplo, a entrega de uma coisa certa a alguém; nenhum dos dois, contudo, deve ser confundido com o objeto do contrato em si, que compreende todo o conjunto de atos a ele relacionados, inclusive os formais, e não apenas aqueles orientados para o seu objetivo final.¹⁹⁵

6.5 Formação dos Contratos

No ordenamento jurídico brasileiro as declarações convergentes de vontade, que tornam perfeito o contrato, são denominadas **proposta** (ou *oferta*) e **aceitação**. Ambas são, por definição, **receptícias**, i. e., somente se tornam eficazes no momento em que se tornam conhecidas pelas pessoas a quem se dirigem; o contrato, por fim, se forma quando a proposta e a aceitação se integram¹⁹⁶.

A proposta deve ser inequívoca e completa, ou seja, conter todas as cláusulas essenciais do contrato, de tal sorte que apenas a aceitação do oblato aperfeiçoa o contrato; são admitidas, contudo, indeterminações em relação à quantidade – em ofertas por preço unitário – e à pessoa do aceitante – propostas *ad incertam personam* – como é o caso da oferta ao público¹⁹⁷. De acordo com o art. 427 do Código Civil de 2002 a proposta obriga o proponente, exceto se o contrário não resultar de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso.

Há que se distinguir, no direito brasileiro, as ofertas, sem prazo, a pessoas presentes, que deixam de ser obrigatória quando não aceitas de imediato – art. 428 I do Código Civil de 2002 – , das ofertas a pessoas ausentes, nesta segunda hipótese, há que se recorrer ao caráter receptício de ambas as declarações para a perfeita

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 56.

¹⁹⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 57. O autor acrescenta que nos contratos reais a conclusão ocorre quando da entrega da coisa e nos contratos solenes quando a declaração é aposta no instrumento exigido para sua validade.

¹⁹⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 62.

compreensão das disposições normativas do Código. Se a oferta tem prazo, ela se aperfeiçoa quando chega ao conhecimento do oblato, o qual, por seu turno, caso queira concluir o negócio, tem o ônus de fazer chegar sua aceitação ao proponente no prazo estipulado na proposta. Sobre eventuais desencontros, ensina Orlando Gomes: “pode haver atraso, seja na expedição, seja na recepção da resposta. Se expedida fora do prazo ou em tempo que ultrapassa o limite previsto na lei¹⁹⁸, não tem eficácia. Pode acontecer que embora expedida em tempo hábil, chegue tardiamente ao conhecimento do proponente, por circunstância imprevista. Não terá força vinculante, mas o proponente fica obrigado a comunicar a ocorrência ao aceitante sob pena de responder por perdas e danos”.¹⁹⁹

Se há divergência manifesta entre proposta e aceitação, surge (ou pode surgir) uma contraproposta, na qual se verifica a inversão de posições entre proponente e oblato.

No caso de “dissenso oculto”, i.e., quando os contratantes pensam haver chegado a um consenso quando, de fato, não concordam com os termos do contrato, este padece de invalidade, em virtude do vício do erro²⁰⁰.

Por fim, duas palavras sobre o local da formação dos contratos; o art. 435 do Código Civil de 2002 determina que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar no qual foi proposto” o que traz conseqüências para a determinação do foro competente em caso de demanda judicial.

6.6 Classificação dos Contratos

Classificar significa distribuir conceitos – de acordo com um critério – definindo gêneros e espécies conforme a extensão das idéias, falando sobre contratos

¹⁹⁸ Aqui se refere o jurista baiano ao disposto – atualmente – no inciso II do art. 428 do Código Civil de 2002: “se feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente”.

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 67. Sobre perdas e danos, art. 430 do Código Civil de 2002.

²⁰⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 66.

Iturraspe afirma: “consiste en la determinación de la naturaleza de una relación jurídica a efectos de ubicarla dentro de las categorías existentes”.²⁰¹

Dentre outras categorias, as apresentadas a seguir representam um recorte cujas implicações se manifestam na interpretação dos contratos, especialmente quando se considera a importância das qualificações para o Direito²⁰².

6.6.1 Contratos bilaterais (ou sinalagmáticos) e unilaterais

Com o cuidado de não se confundir a necessária bilateralidade do **consentimento** presente em todos os contratos²⁰³, se o critério de classificação adotado para os contratos são os efeitos obrigacionais por eles produzidos, é possível discriminá-los em **unilaterais**, vale dizer, que criam obrigações para uma das partes apenas, e **bilaterais** ou **sinalagmáticos**, nos quais ambas as partes se obrigam. Naqueles há um credor e um devedor, enquanto nestes, ambas as partes são simultaneamente credoras e devedoras²⁰⁴. São da primeira espécie a doação, o mútuo (oneroso ou gratuito) e a fiança, e da segunda, a compra e venda, a permuta e a sociedade.

A importância de distingui-los, no direito brasileiro, decorre de determinações legais específicas dirigidas para cada uma das categorias, e. g., a exceção de contrato não cumprido somente se aplica apenas a contratos bilaterais.

6.6.2 Contratos onerosos e gratuitos

Quando o critério da classificação é o benefício obtido com o contrato, pode-se discrimina-los em onerosos e gratuitos, nos primeiros apenas uma das partes se beneficia do negócio jurídico, e. g., o mútuo gratuito; enquanto nos segundos, ambas as partes suportam ônus e recebem benefícios.

²⁰¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. Op. cit., p. 75.

²⁰² GOMES, Orlando. Op. cit., p. 70.

²⁰³ Seja no direito de origem romano-germânica, seja no do *Common Law*

²⁰⁴ GOMES, Orlando. Op. cit., pp. 71-72.

Em nota na obra *Contratos* de Orlando Gomes, Humberto Theodoro Júnior sintetiza com elegância o conceito e a distinção entre a onerosidade e bilateralidade:

Onerosidade não é sinônimo de bilateralidade. O que torna um contrato bilateral é sua eficácia geradora de obrigações para as ambas as partes do negócio jurídico. Já a onerosidade leva em conta o eventual preço (sacrifício) que a parte deve suportar para usufruir da vantagem proporcionada pelo contrato, seja ele bilateral ou unilateral. Assim, um contrato unilateral pode ser oneroso, se, como no caso do empréstimo, o mutuário tem de pagar juros ao mutuante para se beneficiar da soma que este lhe cedeu.²⁰⁵

6.6.3 Contratos solenes e não solenes

No direito brasileiro, solenidade é sinônimo de formalidade, assim é solene aquele contrato que apenas se aperfeiçoa mediante um procedimento determinado pela lei – e cuja inobservância implica sua invalidade²⁰⁶ –, e. g. a exigência de escritura pública expedida por tabelião. A regra geral é de que os contratos têm a forma livre, não solene.

6.6.4 Contratos pessoais (*intuitu personae*) e impessoais

Segundo Orlando Gomes: “A pessoa concreta do contratante é, de regra, juridicamente irrelevante. Contudo, há contratos nos quais tem influência decisiva no consentimento da outra parte. Importa, assim, distingui-los dos outros”²⁰⁷.

Evidentemente o contrato *intuitu personae* é aquele em que a pessoa de uma das partes constitui elemento essencial do negócio para a outra parte, em geral se origina de uma **obrigação de fazer infungível** e suas principais características são, *por supuesto*, a intransmissibilidade e a extinção automática com a morte da parte assim contratada.

²⁰⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 74.

²⁰⁶ Ver seção 8 a seguir.

²⁰⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 82.

6.7 Extinção dos Contratos

Um contrato pode se extinguir naturalmente com o adimplemento regular e tempestivo das obrigações assumidas pelas partes ou, em virtude de causas diversas, que recebem denominação técnica específica com o intuito de distinguir suas razões e efeitos.

O termo **extinção** é o mais genérico dentre todos, pode ser empregado em quaisquer casos em que o contrato deixe de existir; quando decorre de causas que antecedem – ou são contemporâneas – à formação do contrato, caracterizam hipóteses de *anulação* do acordo – que serão abordadas na seção seguinte –, quando, ao contrário, deve-se a causas posteriores ao nascimento regular do vínculo contratual, ocorrem as hipóteses de dissolução: **resolução, resilição e rescisão**²⁰⁸.

Resolução é a espécie de dissolução – anormal – que se verifica quando há **inexecução** de uma das partes. Deve ser buscada por meio de ação judicial – exceto quando houver cláusula resolutiva expressa (**pacto comissório**) – e pode implicar, igualmente, pagamento de perdas e danos se houver pressupostos para tanto – inadimplemento, ilicitude, culpa, dano e nexos de causalidade.²⁰⁹

De acordo com Orlando Gomes, os termos **resilição** e **rescisão** são usados de modo indistinto no Brasil, apesar de haver uma distinção técnica entre ambos. Aquele abrange as situações em que o contrato é extinto por meio de declaração de vontade, seja bilateral, conhecida como **distrato**, seja unilateral, nas hipóteses admitidas no ordenamento jurídico brasileiro – art. 473 do Código Civil de 2002. Por sua vez, a *rescisão* é a ruptura do contrato em que houve lesão²¹⁰, e. g., art. 455 do Código Civil de 2002.

²⁰⁸ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 170-171.

²⁰⁹ “Entendem alguns que, se a inexecução é convertida em dever de indenizar, não há propriamente resolução, porque o pagamento da indenização é uma das formas de execução do contrato, mas, em verdade, a condenação do devedor ao ressarcimento dos prejuízos é uma sanção que se lhe aplica exatamente porque deixou de executar o contrato, não se podendo dizer, a rigor, que o credor quer que seja executado por esse modo.”, GOMES, Orlando. Op. cit., p. 172.

²¹⁰ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 188.

6.8 Validade e Eficácia dos Contratos

A **validade e eficácia** são freqüentemente referidas na linguagem jurídica como duas dimensões, ou planos²¹¹, a primeira demonstra o respeito aos pressupostos e requisitos antes mencionados, enquanto a segunda, relaciona-se com a produção idônea dos efeitos pretendidos pelos contratantes.

O ponto de contato entre as duas dimensões decorre do fato de a invalidade de um contrato ter o condão de produzir sua ineficácia, assim, tendo em vista que o resultado final de ambas as categorias é o mesmo, qual seja a inexecução – permanente ou temporária – do estipulado pelos contratantes, Orlando Gomes²¹² menciona que a doutrina considera um categoria geral: **ineficácia em sentido amplo**, a abranger tanto a **invalidade** quanto a **ineficácia em sentido estrito**, esta última referindo-se exclusivamente à impossibilidade de um contrato produzir efeitos.

A **invalidade** se divide em **nulidade** e **anulabilidade** cujo traço de distinção não é preciso²¹³, pode-se, contudo, esboçar as diferenças existentes entre elas, observando-se que aquela contém uma natureza de penalidade, em virtude da violação de preceitos de ordem pública, enquanto esta, nasce do desrespeito a normas que visam à proteção da outra parte. Na prática, o interesse em distingui-las reside nos diferentes efeitos que acarretam.

Por definição a nulidade é imediata, enquanto a anulabilidade persiste até ser declarada pelo Poder Judiciário – por meio de uma ação anulatória – aquela é insanável, enquanto esta pode ser confirmada – por meio de uma declaração negocial de renúncia à faculdade de pedir a anulação do contrato –, convalidada – em virtude da ocorrência superveniente de um requisito necessário apenas verificado após a formação do contrato –, ou se estabilizar pela prescrição²¹⁴.

²¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *O contrato e seus princípios*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Aide Editora, 2001p. 234.

²¹² GOMES, Orlando. Op. cit., p. 190.

²¹³ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 193.

²¹⁴ Orlando Gomes ensina que a nulidade é imprescritível, , entretanto, Humberto Theodoro Júnior, em nota, à p. 192, aponta que: “a tendência do Direito moderno é pela sujeição do contrato nulo, também

6.9 Interpretação dos Contratos

O art. 112 do Código Civil de 2002 estabelece que a intenção demonstrada pela partes tem precedência sobre o sentido literal da linguagem, na interpretação do conteúdo de um acordo de vontades, portanto, em sistemas como o brasileiro, Orlando Gomes aponta que “não se pode prescindir a investigação da vontade interna de cada parte, mas a verdade é que o fim da disposição legal é obrigar o intérprete a verificar o espírito do contrato, isto é o seu significado genuíno”.²¹⁵

Esse objetivo tautológico consiste, ao mesmo tempo, um problema e sua solução, Orlando Gomes menciona duas técnicas de interpretação: uma subjetiva, i. e., voltada para a investigação da vontade real das partes; e outra objetiva, que investiga o sentido de declarações eventualmente ambíguas. Entretanto, em nota, que se encaixa perfeitamente com a percepção deste trabalho, Humberto Theodoro Júnior observa que o ordenamento jurídico brasileiro encarregou a doutrina e a jurisprudência de construir as técnicas de interpretação a serem aplicadas aos contratos²¹⁶ e, deve-se acrescentar que, após a promulgação da Constituição de 1988, quaisquer técnicas desenvolvidas devem forçosamente ser temperadas pelos princípios que dela emanam.

aos efeitos da prescrição”, acompanhada de jurisprudência do STF (RE 88.120, RE 83.176) e do STJ (súmula 494), GOMES, Orlando. Op. cit., p. 191.

²¹⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 199.

²¹⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 202, nota de Humberto Theodoro Júnior.

7 O DIREITO DOS CONTRATOS NOS EUA

7.1 Introdução

Guido Alpa, ao analisar o direito norte-americano dos contratos afirma que convivem na doutrina jurídica do *Common Law* dois modelos teóricos de contrato: o primeiro, fundamentado na *sanctity of contract*, enfatiza a autonomia privada e considera excepcionais quaisquer interferências alheias à vontade das partes, mesmo que de origem legislativa ou jurisdicional; enquanto o outro, que lhe é posterior, admite a sujeição do contrato a todas *interventi esterni* previstas no ordenamento jurídico e, diante da profusão de contratos de adesão característicos da sociedade moderna, chega mesmo a propor uma distinção essencial entre contratos de massa e contratos moldados para atender interesses particularizados.²¹⁷ É evidente a semelhança entre essa distinção e a evolução doutrinária ocorrida igualmente na família do *Civil Law*.

Apesar da advertência de Corbin (em tradução livre) para quem “na disciplina do contrato, importa menos a sua definição que a sua operacionalidade concreta”²¹⁸, Alpa recolhe uma definição, de teor clássico, devida a Treitel, para quem contrato corresponde a um: *agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law*²¹⁹. Aqui o acordo, ou seja, a vontade, constitui o elemento essencial do contrato, e sua marca distintiva em relação a outros vínculos de natureza obrigatória como os *torts*²²⁰. Sobre essa distinção, Charles L. Knapp a localiza no fato de que o contrato cria vínculos de natureza essencialmente privada, enquanto os *torts* veiculam *standards* definidos pelo Estado²²¹.

²¹⁷ ALPA, Guido. *Contratto e Common Law*, Padova, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1987, p. 2.

²¹⁸ ALPA, Guido. Op. cit., p. 10: “In realtà osserva Corbin (p. 6) nella disciplina del contratto ciò che rileva non è tanto la sua definizione quanto la sua operatività in concreto”.

²¹⁹ ALPA, Guido. Op. cit., p. 8.

²²⁰ Responsabilidade civil por danos extracontratuais.

²²¹ KNAPP, Charles L. *Contract law, in MORISON, Alan B. (org.) Fundamental of American law*, Oxford, Oxford press University, 2000, p. 202.

Outros autores, segundo Alpa, apontam não ser o acordo de vontades, o elemento fundamental do contrato, mas a *bargain*, entendida como a negociação de natureza econômica a que se pretender dar uma veste jurídica²²², dado que no *Common Law* uma oferta somente se converte em obrigação quando acompanhada de uma justa *consideration* que, por hora, pode ser compreendida como a contrapartida que motiva as partes a firmarem o acordo. A necessidade de *consideration* leva Roland Sèrroussi a afirmar que no *Common Law* (inglês, mas também no dos EUA) o contrato é, por essência, sinalagmático²²³.

Ao lado dessas considerações doutrinárias, nos EUA – diferentemente do que ocorre na Inglaterra – há pelo menos duas definições de contrato que podem nortear a os operadores do direito, a primeira, elaborada pelo *American Law Institute*, segundo a qual, em tradução livre: “o contrato é uma promessa cujo descumprimento propicia uma tutela jurídica fornecida pelo direito, ou cuja execução o direito, de alguma forma, reconhece como um dever”²²⁴; a segunda, inscrita no *Uniform Commercial Code* reza: “Contrato significa o conjunto de obrigações tuteladas pelo Direito resultantes de acordo entre as partes na forma definida nesta lei e em outras normas aplicáveis à matéria”, enquanto que *acordo* é “o negócio de fato como for definido pela linguagem das partes, ou no curso das transações comuns ao comércio, ou de acordo com os atos praticados ou como resultado de outras circunstâncias”.²²⁵

²²² ALPA, Guido. Op. cit., p. 9.

²²³ SÈRROUSSI, Roland. Op. cit. p. 40. Existem, contudo, contratos unilaterais como, e. g., a localização de um objeto perdido, motivada por uma proposta de recompensa, cuja aceitação se confunde com a execução e que, são denominados “unilaterais”, como será visto adiante.

²²⁴ *Apud* ALPA, Guido. Op. cit., p. 10 “contract is a promise for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty”

²²⁵ ALPA, Guido. Op. cit., p.10: “contract means the total obligation in law which result for the parties’ agreement as affected by this Act and any other applicable rules of law”. No mesmo diploma legal *agreement* significa “the bargain in fact as found in the language of the parties or in course of dealing usage of trade or course of performance or by implication from other circumstances”.

7.2 Terminologia

Esta seção contempla um pequeno glossário composto pelos termos técnicos mais próximos dos seus equivalentes no vocabulário jurídico brasileiro.

acceptance – aceitação da proposta

duty – obrigação

obligee – credor

obligor – devedor

offer – oferta ou proposta

offeror – ofertante ou proponente

parties - partes

promise – conteúdo da oferta

promisee – aceitante

promisor – ofertante

Dada a natureza processual do *Common Law*, são freqüentemente utilizados os termos *plaintiff* – autor – e *defendant* – réu, para se referir ao credor e ao devedor respectivamente.

Por fim, há um conceito –*consideration* – recorrente em matéria de contrato que será objeto de apreciação em separado na sessão dos princípios. Outros termos técnicos, em virtude de seu caráter mais restrito – ou por envolverem uma conceituação mais extensa – serão esclarecidos conforme surjam ao longo do texto.

7.3 Princípios que regem os contratos no *Common Law* dos EUA

Como é próprio no *Common Law*, os princípios que regem os contratos não são buscados da lei – ou nela inscritos – para posterior aplicação dedutiva, mas resultam, também eles, da consolidação de decisões que, indutivamente, direcionam todo ordenamento jurídico. Assim, é mais difícil detectar tais princípios a não ser por meio de uma ampla pesquisa jurisprudencial que está além do escopo do presente trabalho. A seguir, são apresentados alguns princípios do *Common Law*, recolhidos em obras

doutrinárias, que ora se conciliam, ora se contrapõem, a alguns de seus similares do direito brasileiro, expostos no capítulo anterior.

7.3.1 Princípio da vedação da alteração do contrato por meio de lei

A Constituição é, nos sistemas fundados em constituições escritas, a fonte primordial dos princípios que norteiam um sistema jurídico, nos EUA, a carta de 1787, em seu art. I, seção 10^a, veda aos Estados “elaborar leis que alterem a obrigatoriedade dos contratos”²²⁶.

Essa disposição constitucional poderia representar – se interpretada de modo demasiadamente genérico – uma cristalização do *pacta sunt servanda* no *Common Law* norte-americano, entretanto, como bem aponta Cooley:

Esta disposição proibitiva passou quase sem nenhum comentário naquela época, e nas profundas e substanciosas discussões de *The federalist*²²⁷ só duas vezes se lhe faz alusão: da primeira, para uma disposição destinada impedir agressões aos direitos dos Estados cujos cidadãos podiam ser prejudicados por leis semelhantes; e, da segunda, como sendo ‘um baluarte constitucional em favor da segurança pessoal e dos direitos privados’ contra leis que sejam ‘contrárias aos mais elementares princípios do pacto social e a todo princípio de sã legislação’, indubitavelmente, nessa época o único intento que se tinha em vista era o de impedir o repúdio das dívidas e obrigações privadas, prevenindo assim, as desgraças, as desordens e as calamidades que, era de esperar, deviam seguir-se. Na aplicação, porém, que se lhe deu, esta disposição se tornou não só uma das mais importantes como das mais abrangentes²²⁸ da Constituição, e tem sido assunto de discussões jurídicas, as mais freqüentes e vivas, como nenhuma outra.²²⁹

²²⁶ COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*, Campinas, Russel, 2002, p. 291, No State...pass any [bill of attainder, ex post facto law, or] law impairing the obligation of contracts,...

²²⁷ Periódico com textos dos principais artífices da Constituição dos EUA, que, na opinião de Platner: “para quem procure compreender o pensamento político e econômico dos autores da Constituição não pode haver fonte mais autorizada do que *The federalist*. Até mesmo Thomas Jefferson cujas idéias às vezes poderiam parecer em conflito com *The federalist*, referiu-se a ela como uma obra ‘à qual recorre habitualmente todos e que raramente é recusada ou negada por alguém como evidência da opinião geral daqueles que elaboraram a Constituição dos Estados Unidos, e daqueles que a aceitaram, sobre questões relativas a seu significado genuíno”, PLATNER, Mark Op. cit., p. 17.

²²⁸ Acredito que este seja o verdadeiro sentido da oração, na tradução da edição brasileira – não disponho do original em inglês – consta “compreensiva”...

²²⁹ COOLEY, Thomas Op. cit., p. 291.

O entendimento prevalecente, contudo, segundo o próprio Cooley, na jurisprudência norte-americana é de que os contratos a que se refere especificamente o texto constitucional são aqueles em que os Estados intervêm como partes e nos quais, portanto, estariam aptos a exercer seu poder de império²³⁰. No ordenamento jurídico brasileiro, questões dessa espécie seriam tratadas pelo direito administrativo, assim, por exemplo, os regulamentos municipais, os convênios, os contratos exclusivos com o poder público e a contratação de servidores públicos.

7.3.2 Princípio da liberdade de contratar

De um ponto de vista tradicional, Roland Young aponta que:

A liberdade de contratar pressupõe a ausência de restrições impostas por castas ou status; também pressupõe o direito do indivíduo de efetuar as principais escolhas relativas a sua própria vida e, do ponto de vista econômico, ser livre para fazer evoluir sua posição negocial. Como observa o professor Goodhart: ‘Quando o homem mediano fala de um contrato pensa em um documento cuidadosamente elaborado por um advogado em uma linguagem incompreensível para o homem do povo. Ele não percebe que contratar é um ato corriqueiro da cotidiano. Tal como M. Jourdain se surpreendeu quando descobriu que sempre falara em prosa. Quando ele concorda em trabalhar por um certo salário eis um contrato; quando ele compra o jornal e uma passagem de trem pela manhã que podem levar a uma lide futura; quando ele faz uma refeição em um restaurante, vai ao teatro ou entra em um táxi, as relações contratuais assim criadas são importantes e difíceis. A idéia de contrato, portanto, é um dos principais conceitos do direito inglês’²³¹

O componente individualista do direito do contrato é também uma doutrina revolucionária para o mundo inteiro; pois se governo e indivíduo entretêm relações recíprocas que aperfeiçoam a liberdade do indivíduo, este último estará então apto a buscar e estabelecer sua própria identidade, controlar seu próprio destino fazer suas próprias escolhas; a doutrina da liberdade individual é um campo fértil de idéias para o mundo cujo inteiro impacto ainda não se fez sentir.

O problema da teoria moderna é criar um tipo de governo forte o bastante para fazer o que precisa ser feito: manter a ordem e tudo o mais, e ao mesmo tempo preservar a liberdade e a autonomia individual. Não ser nem excessivamente forte, nem excessivamente fraco – nem tão forte que seja totalitário nem tão fraco que seja anárquico. Os respectivos poderes de governos, indivíduos e grupos em uma sociedade democrática, e a relação entre eles, foram objeto de bastante reflexão como a Constituição e a “Bill of Rights” prontamente o demonstram. A liberdade é conquistada na prática, mas as idéias em que se baseia e que ao

²³⁰ COOLEY, Thomas Op. cit., pp. 294-305.

²³¹ GOODHART, Arthur, *Essays in jurisprudence ant the common law*, 1931, p. 37, *apud* YOUNG, Roland. *American law and politics The creation of public order*, New York, Harper & Row Publishers, 1967, p. 56.

mesmo tempo dão sustentação ao poder do governo constituem um feixe de conceitos, princípios e práticas.²³²

Em sentido contrário, ou, pelo menos, sob outra perspectiva, escreve Knapp:

...em contraste com cortes de tempos pregressos que freqüentemente confinavam sua atenção ao acordo escrito entre as partes isolado de seu contexto, hoje os juizes admoestados pelos modernos conceitos de contrato e direito comercial abordam o contrato não apenas com os olhos do homem (ou mulher) médio mas com os olhos das próprias partes, imbuídos da compreensão que as partes reciprocamente detêm do negócio e do contexto comercial em que operam.²³³

A fatal conseqüência desse novo entendimento é a admissão de intervenção judiciária nos contratos, conforme será visto na seção 3.4.

²³² “The freedom of contract assumes the absence of restraints imposed by cast or status; it also assumes the right of the individual to make the main choices concerning his own life and, economically, to be free to improve his bargaining position. As Professor Goodhart remarked: ‘when the average man speaks of a contract he thinks of a document carefully drawn by a lawyer in language which is unintelligible to the layman. He does not realize that making contracts is one of the ordinary acts of every day life. Like M. Jourdain he is surprised when he finds that he has always been talking prose. When he agrees to work for a certain wage that is a contract. When he buys a newspaper and his railway ticket in the morning he entering into contracts which may lead to protracted litigation; when he eats a meal in a restaurant, goes to a theater, or rides in a taxicab, the contractual relations created thereby are important and difficult. The idea of contract is therefore one of the fundamental concepts of English law’. The individualist component of the right of contract is also a revolutionary doctrine for the world at large; for if the government and the individual have reciprocal obligations which enhance the freedom of the individual, the latter will then be better able to seek and to establish his own identity, to control his own destiny, and to make choices for himself; the doctrine of individual freedom is one of the fertile ideas at large in the world today whose full impact has not yet been felt. The problem of modern theory is to create the type of government strong enough to do what must be done: to keep order and all the rest, and at the same time to preserve the freedom of the autonomous individual. It must neither be too strong nor too weak – neither so strong that is totalitarian, nor so weak that is anarchistic. The respective power of the government, individuals, and groups in a democratic society, and the relationship between them, have been the subject of much reflective thought as the Constitution and Bill of Rights so aptly demonstrate. Freedom is achieved in practice, but the ideas on which it is based and which support the concomitant power of government are a complex bundle of concepts, principles and practices”. YOUNG, Roland. *Op. cit.*, p. 56-57.

²³³ KNAPP, Charles L. Knapp. *Op. cit.*, p. 214. “In contrast to courts of an earlier day, which offer confined their attention to the parties’ written agreement in isolation from its context, judges today are admonished by modern contract and commercial law to approach the agreement as best they can, not merely through the eyes of the hypothetical ‘reasonable man’ (or woman) but through the eyes of the parties themselves, equipped with an understanding of the parties’ own dealings with each other and the commercial context in which they operated”.

7.3.3 Consideration

De acordo com o *Black's law dictionary*, *consideration* significa, em tradução livre: “O indutor de um contrato. A causa, motivo, preço ou influência animadora que induz os contratantes a contratar. A razão ou causa material de um contrato”²³⁴.

Sobre o mesmo termo, agora recuperando, sua origem histórica, discorre Knapp, em tradução livre, como serão, doravante, todas as empregadas neste texto:

...originalmente no direito inglês nenhum tutela achava-se disponível para o não cumprimento de um contrato “executory”²³⁵ – i. e. no qual nenhuma iniciativa tinha sido tomada por ambas as partes. Naqueles em que o autor cumprira sua parte do acordo, contudo, alguma compensação poderia ser pleiteada contra o réu inadimplente. Gradualmente as cortes passaram a respaldar as estipulações em situações ainda não inteiramente adimplidas de lado a lado – contratos ainda “executory”. Em tais casos, a corte identificaria o fator – a “consideration”- que ensejaria concretamente a exigibilidade da obrigação²³⁶. Por fim, passou-se a dizer que uma obrigação não pode ser exigida a menos que esteja revestida de “consideration” e uma variedade de testes foram empregados para assegurar a presença da “consideration.”²³⁷

Segundo Anderson, Fox e Twomey, *consideration* é aquilo que o proponente pede e recebe a título de preço por sua oferta²³⁸, e cuja ausência retira o caráter

²³⁴ BLACK'S LAW DICTIONARY, 4ª edição, Saint Paul, West Publishing, 1968, verbete *consideration*: “The inducement to contract. The cause, motive, price or impelling influence which induces a contracting party to enter into a contract. The reason or material cause of a contract”, p. 379.

²³⁵ Na terminologia do *Common Law* dos EUA *executed contracts* são aqueles inteiramente concluídos, enquanto que os *executory contracts* são aqueles em que algo ainda resta a ser feito, ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. *Business law, principles, cases, legal environment*, 11ª ed., Cincinnati, South-Western Publishing Co., 1992p. 184.

²³⁶ Por uma questão de adequação de conceitos, *promise* está sendo traduzida, no presente contexto, como obrigação.

²³⁷ “Originally in English law no remedy was available for the non performance of a purely executory agreement – i. e. one in which no performance on either side had taken place. Where plaintiff had performed its side of the agreement, however, some compensatory damage remedy would be assessed against a non performing defendant. Gradually, courts came to enforce promises in cases where performances had not been fully rendered on either side – agreement still executory. In such a case, the court would identify the factor – the consideration – in the case which impelled it to regard the promise as enforceable. Eventually, it came to be said that a promise would not be enforced unless it was given for ‘consideration’, and a variety of tests were employed for ascertaining the presence of consideration. KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 205.

²³⁸ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 236: “Consideration is what a promisor demands and receives as the price for the promise”.

obrigatório da mesma, vale dizer, implica sua inexigibilidade²³⁹. Não há *consideration*, evidentemente, na concessão de benefícios não solicitados, ou quando implique violação da lei ou envolva questões puramente morais²⁴⁰.

Por outro lado, tornam-se vinculantes, mesmo na ausência de *consideration* as propostas que impliquem perdas substanciais para o promissário que, em virtude delas, assumam riscos que, de outro modo, não assumiriam e que esta circunstância seja previsível pelo autor; Knapp descreve um *leading case*, Ricketts v. Scothorn, em que, confiante de que receberia US\$ 2.000,00 de seu avô, uma pessoa deixa o emprego e fica desempregada por vários meses²⁴¹, acrescenta que esse tipo de “proteção à confiança” – em inglês *reliance-protection, reliance by the promise* ou, mais freqüentemente *promisory estoppel* – se originou de *cases* não comerciais, mas terminou por se alastrar a ponto de se poder dizer que “o princípio da proteção à confiança respalda a exigibilidade de virtualmente todas as propostas”.²⁴²

7.3.4 Princípio da boa-fé contratual

O conceito de boa-fé, apesar de impreciso, é empregado pelas Cortes, especialmente em tempos mais recentes, como mecanismo – *device* – para policiar a conduta dos contratantes em relação àquilo que as Cortes consideram justiça²⁴³.

Os ordenamentos da família do *Common Law* são essencialmente mais flexíveis que os do *Civil Law*, entretanto, dada a vagueza do *standard* da boa-fé, pode-se dizer, que em ambas seus limites e potencialidades estão, a cada tempo, sendo testados e definidos. O *Common Law*, há algum tempo, dedica atenção à desigualdade entre as partes nas relações contratuais, em especial nas de consumo²⁴⁴. Em tais casos, o *UCC*

²³⁹ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. *Op. cit.*, p. 237: “The absence of consideration makes a promise not binding”.

²⁴⁰ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. *Op. cit.*, p. 238.

²⁴¹ KNAPP, Charles L. Knapp. *Op. cit.*, p. 206. Diz-se A “*against*” (ou “*and*”) B, SOARES, Guido Fernandes Silva. *Op. cit.*, p. 78.

²⁴² KNAPP, Charles L. Knapp. *Op. cit.*, p. 207: “Some writers have suggested that the principle of reliance-protection underlies the enforcement of virtually all promises”.

²⁴³ KNAPP, Charles L. Knapp. *Op. cit.*, p. 217.

²⁴⁴ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. *Op. cit.*, p. 259.

chega a definir, para o fornecedor – empregando-se, aqui, por analogia, e com alguma liberdade, o conceito do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – o que se entende por boa fé: “honestidade de fato e a observação de prática razoáveis de comércio e negociação limpa”²⁴⁵, a partir do qual muitos precedentes foram criados.

7.3.5 Princípio da justiça contratual – *Unfair bargain*

Verifica-se em relação a este princípio uma tensão entre concepções liberais, avessas à participação do Estado em negócios particulares e, por conseguinte, contrárias a admitir, como requisito de um contrato, para fins de levá-lo a juízo, sua justeza²⁴⁶, e igualitárias, que, ao contrário, defendem a intervenção estatal em algumas circunstâncias.

Charles L. Knapp afirma que, em inúmeros casos recentes, as cortes aplicaram o princípio da *unfair bargain* com o propósito de liberar uma das partes de vínculos excessivamente desproporcionais, percebidos como desiguais²⁴⁷. No mesmo sentido afirma Anderson, Fox e Twomey:

Normalmente uma corte não apreciaria se um contrato é justo ou injusto, engenhoso ou estúpido, ou se se concretiza de modo desigual entre as partes. Contudo, em inúmeros exemplos a lei sustém contratos ou cláusulas de um contrato por serem excessivamente pesadas ou opressivas para uma das partes²⁴⁸ inclusive levando em conta as conseqüências sociais do contrato.²⁴⁹

²⁴⁵ UCC §2-302: “honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade”, apud Anderson et alli, Business law, p. 259.

²⁴⁶ “...contract law in its classical form did not purpose to impose any requirement that an exchange agreement be fair in order to be enforceable”. KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 220.

²⁴⁷ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 220.

²⁴⁸ “Ordinarily courts will not consider whether a contract is fair or unfair, wise or foolish,, or operates unequally between the parties. However in a number of instances the law holds that contracts or contract clauses will not be enforced because they are too harsh or oppressive to one of the parties”. ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 259.

²⁴⁹ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 261.

7.4 Pressupostos e requisitos

Constituem pressupostos do contrato: o acordo de vontades, que será analisado mais adiante quando se tratar da formação do vínculo contratual, o livre consentimento assentado em “consideration”, a licitude do objeto e a forma se assim o exigir a lei²⁵⁰. Tendo em vista que a “consideration” foi abordada em seção própria, passa-se à análise dos demais elementos.

7.4.1 O consentimento – *genuine assent*

O consentimento é definido no ordenamento norte-americano de modo negativo, assim, é genuíno, aquele despido de incapacidade, erro de fato, falsidades ou pressões espúrias, que correspondem, “grosso modo”, aos defeitos do negócio jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, Capítulo IV do Título I do Livro III da parte geral do Código Civil de 2002. Nada custa repetir, contudo, que ao contrário de uma construção conceitual elaborada nas academias, esses conceitos são fruto de sedimentação jurisprudencial, definidas caso a caso.

7.4.1.1 *A capacidade das partes*

A capacidade no *Common Law* é definida como a condição de entender que um contrato está sendo constituído e de compreender suas conseqüências; também no ordenamento jurídico dos EUA, os menores (de 21 anos), para sua própria proteção, são carentes de capacidade – *lacking of capacity* -, bem assim, as pessoas que se vejam, eventualmente, sem condições de dirigir seus próprios negócios – *factual incapacity*. É possível questionar a validade de um obrigação *on the grounds of* incapacidade de uma das partes²⁵¹.

²⁵⁰ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 178.

²⁵¹ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., pp. 213-215.

7.4.1.2 O erro

Uma relação contratual pode ser viciada pelo erro de fato de um, ou de ambos, os contratantes. Regra geral, o erro de fato de uma das partes não a escusa das obrigações contratadas; segundo Sèrousi, o *Common Law* costuma ser “implacável” nessas circunstâncias, sob o fundamento de que se uma das partes cometeu um erro de avaliação, a outra não pode ser prejudicada por isso²⁵². Excetua-se o rigor desse preceito, quando o fato era – ou devia ser – conhecido pela outra parte²⁵³. Nas hipóteses de erro de fato cometido por ambos os contratantes o contrato, assim concluído, é nulo²⁵⁴.

7.4.1.3 Falsidade – Deception

A falsidade é vista com gradações que variam da falsa representação inocente – *innocent misrepresentation* – à *fraud* que corresponde ao dolo no direito civil brasileiro, há uma tendência de as cortes igualarem o tratamento de ambos, afinal: *the plaintiff is misled and harmed in either case*²⁵⁵ – desconhecendo, assim, a vinculação da promessa assim formulada ou obtida,

7.4.1.4 Pressões espúrias

Quando se lida com pressões espúrias, sejam físicas – *duress* – ou não – denominada em inglês *undue influence* – o que parece ser um consentimento livre, na verdade, foi obtido mediante coação, e, destarte, o acordo de vontades assim contratado não pode ser exigido, ou pode ser repudiado em juízo.

²⁵² SÈRROUSSI, Roland. Op. cit., p. 121.

²⁵³ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 219.

²⁵⁴ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 220: “when both parties make the same mistake of fact, the agreement is void”.

²⁵⁵ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 221.

7.4.2 Objeto do contrato

Da mesma forma que no *Civil Law*, qualquer objeto lícito pode ser objeto de contrato no direito norte-americano. Ademais o direito dos contratos, regra geral, é tutelado apenas pelas regras do *Common Law*, entretanto, em virtude de peculiaridade próprias de algumas áreas da vida social, estas são reguladas por normas específicas – o que, em se tratando de *Common Law*, significa um conjunto de precedentes e de regras de distinções próprios, associados a um conjunto peculiar de *statutes* -, nessa situação se encontram, entre outros, o que no direito brasileiro corresponderia ao direito sindical e do mercado de trabalho e ao direito do mercado financeiro²⁵⁶.

7.4.3 A forma

Contratos verbais têm no *Common Law* a mesma eficácia que contratos escritos, entretanto existem algumas espécies de contrato que, expressamente, uma lei, conhecida genericamente como *statute of frauds*²⁵⁷, exige a forma escrita para que seja exigível em juízo; dentre outros contratos pode-se mencionar: venda ou arrendamento de imóveis – *sales or lease of land*-, seguro e contratos continuados com duração superior a um ano. Não existe, contudo, uma relação exaustiva nessa matéria²⁵⁸.

A razão de o *statute of frauds* exigir um termo escrito para alguns contratos é impedir que demandantes inescrupulosos proponham ações contra *defendants* inocentes²⁵⁹, em contrapartida, o *Common Law* formulou a *parol evidence rule* que exclui outras formas de comprovação do conteúdo de um contrato, e. g., depoimentos de testemunhas, em favor de qualquer documento assinado pelas partes²⁶⁰, o objetivo precípua, desta regra, é impedir que as partes reneguem o contratado sob a alegação de que o documento escrito não reflete o acordo de vontades. Charles L. Knapp observa,

²⁵⁶ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 202.

²⁵⁷ De fato, uma lei por Estado.

²⁵⁸ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 212.

²⁵⁹ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 212.

²⁶⁰ KNAPP, Charles L. Op. cit., pp. 214-215.

contudo, que a *parol evidence rule* não é absoluta, vale dizer, pode ser afastada a partir de “evidências extrínsecas das circunstâncias que envolvem o caso”²⁶¹.

Por fim, uma rápida menção às chamadas *promises under seal*. Herdada do direito inglês, essa formalidade perdeu quase inteiramente sua força probatória nos EUA, restringindo-se a uma presunção *juris tantum* de que o contrato foi precedido de adequada *consideration*.²⁶²

7.5 Formação dos Contratos

A formação de um contrato geralmente é descrita como um processo de encontro de vontades – em inglês, *meeting of minds* – que envolve uma oferta seguida de uma aceitação, esse modelo, apesar de não abranger todas as hipóteses de *enforceable agreements*²⁶³, resume de modo bastante intuitivo o nascimento das obrigações contratuais no *Common Law*.

São requisitos da oferta: a demonstração de uma vontade negocial – *contractual intention* –, sua precisão e certeza – resumidas em inglês pelo conceito de *definiteness*²⁶⁴ – e, igualmente, a comunicação à outra parte.

Não criam vínculo contratual um mero convite para negociar – e. g. um anúncio *for sale* em um jornal – ou um acordo para um contrato futuro, cujas cláusulas apenas venham a ser definidas no momento da conclusão do contrato²⁶⁵.

Em relação à precisão da oferta, é fundamental definir em que grau se considera a oferta com suficiente “definiteness”. Em um julgado específico – *Midland Hotel v. Reuben H. Donnelley Corp.* – a Corte de Apelações de Illinois, em 1986, criou um precedente sobre essa matéria:

²⁶¹ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 215: “extrinsic evidence of surrounding circumstances”.

²⁶² KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 205.

²⁶³ Por exemplo, nas situações em que se verifica uma “promise’s unbargained for reliance”, KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 207.

²⁶⁴ “Definiteness – an offer and the resulting contract must be definite and certain. If an offer is indefinite or vague or if an essential provision is lacking no contract arises from an attempt to accept it”. ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 196.

²⁶⁵ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., pp. 193-195.

A defesa...sustenta que o contrato...é excessivamente vago e ambíguo para ser exigido. Nós discordamos. Se um contrato é ambíguo, trata-se de uma questão de direito para a Corte. O objetivo primordial na formação de um contrato é dar eficácia à intenção das partes, e um contrato é suficientemente claro e preciso se a Corte for capaz, a partir de seus termos e estipulações, e das evidências extrínsecas disponíveis, determinar o que as partes acordaram.²⁶⁶

Portanto, como é próprio do *Common Law* a *definiteness* de uma oferta é sempre remetida à interpretação das Cortes. Ainda em se tratando de *oferta*, outra dificuldade nasce nas situações em que o “offeror” a revoga – ou tenta revogá-la – antes de uma aceitação eficaz. De acordo com Charles L. Knapp: “no direito anglo-americano as ofertas são compreendidas em geral como revogáveis pelo ofertante a qualquer tempo até que o oblato tenha efetuado uma aceitação efetiva”²⁶⁷, mas é aqui, precisamente, que reside o problema, afinal, de tudo que foi dito, pode-se perceber que uma oferta válida confere a seu destinatário – “offeree” – um poder, conhecido como “power of acceptance”, que se traduz como a capacidade de, pelo singelo ato da *aceitação*, concluir o contrato e torná-lo, assim, obrigatório para ambas as partes – “binding or enforceable agreement” –, entretanto a revogação de uma oferta implica, forçosamente, solapar esse poder.

A solução adotada pelo *Common Law* dos EUA é semelhante a do direito brasileiro, a revogação de uma oferta é receptícia, assim, a retirada de eficácia de uma oferta somente se torna eficaz quando recebida pelo oblato, logo, “se o aceitante aceita a oferta antes de sua efetiva revogação, um contrato válido é criado”²⁶⁸.

Quanto à duração temporal da proposta, naquelas por tempo definido o poder do oblato pode ser exercido durante o lapso temporal de sua validade, com a ressalva da revogabilidade a qualquer tempo nas condições mencionadas acima, nas propostas

²⁶⁶ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., pp. 196-197: “Defendant...argues that a contract...is too vague and ambiguous to be enforce. We disagree. Whether a contract is ambiguous is a question of law for the court. The primary object in construing a contract is to give effect to the intention of the parties, and a contract is sufficiently definite and certain if the court is able, from its terms and provisions and allowable extrinsic evidence to ascertain what the parties agreed to.”

²⁶⁷ “In Anglo-American law, offers are generally regarded as ‘revocable’ by the offeror at any time until the offeree has made an effective acceptance”, KNAPP, Charles, L. Op. cit., p. 209.

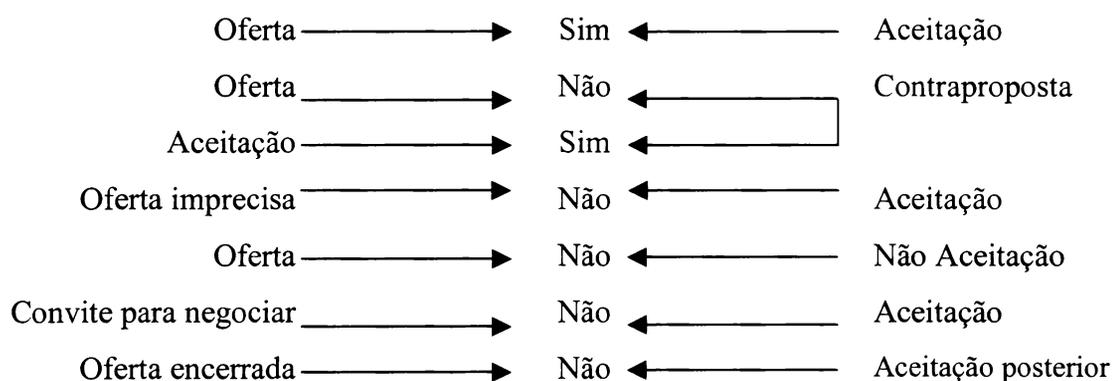
²⁶⁸ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 199: “If the offeree accepts an offer before it is effectively revoked, a valid contract is created”.

sem definição de tempo, o *Common Law* considera que ela mantém-se de pé por *a reasonable time in the circumstances*²⁶⁹.

A *aceitação*, por seu turno, consiste no exercício do *power of acceptance* ou, em outras palavras, na demonstração inequívoca do interesse de finalizar um contrato e, em conseqüência de estar por ele obrigado. Deve ser absoluta e incondicional, do contrário, configura como no direito brasileiro, uma contraproposta – *counteroffer* – que não conclui um contrato.

Anderson, Fox e Twomey²⁷⁰ incluem o diagrama abaixo que resume de forma adequada as situações em que se dá o nascimento do liame contratual:

Há formação de contrato?



7.6 Classificação dos Contratos

A classificação dos contratos no *Common Law* os divide, de modo completamente diferente da doutrina brasileira, nos EUA, o contratos são agrupados de acordo com a sua forma – *formal and informal contracts* –, sua obrigatoriedade – *valid, void* ou *voidable* –, o seu grau de completude – *executory and executed*, ou a existência de obrigações para as partes – *unilateral or bilateral*.

²⁶⁹ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 209.

²⁷⁰ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 194.

Antes de analisar os traços distintivos de cada uma delas, uma observação sobre a divisão de seções neste capítulo. No direito brasileiro os planos da validade e da invalidade dos contratos consagram não uma classificação, mas, antes, uma categoria que indica a idoneidade de um vínculo contratual. Essa diferença técnica de critérios de classificação entre as duas famílias, tornou mais apropriado substituir a sessão sobre a validade dos contratos existente no capítulo do *Civil Law*, por outra, de natureza processual, mais próxima, portanto, da mentalidade do *Common Law* referente a inadimplemento de contratos.

Por fim, outra diferença, fundamental é que, enquanto no *Civil Law* determinadas conseqüências se associam automaticamente à classificação adotada, no *Common Law*, esta caracteriza um elemento que poderá ser usado para o perfeito enquadramento de um caso em um precedente que lhe permita aspirar um *writ*.

7.6.1 *Formal and informal contracts*

No *Common Law* a distinção entre contratos *formal* e *informal* não diz respeito ao fato de o instrumento do acordo ser oral ou escrito, mas a algumas peculiaridades dos contratos da primeira espécie.

São formais os chamados *contracts of record* contraídos perante uma Corte para, e. g., pagar uma determinada quantia quando se verificar uma condição futura, ou aqueles que no direito brasileiro correspondem ao direito cambiário; em contrapartida, são informais ou *simple* todos os demais²⁷¹.

Os contratos simples se subdividem, por sua vez, em contratos expressos e implícitos – *express or implied contracts* – os primeiros se caracterizam pela explícita negociação, escrita ou não, dos termos do acordo de vontades, enquanto os *implied contracts*, também denominados *contract implied in fact* nascem – de modo fluido – da mera conduta dos contratantes²⁷².

²⁷¹ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 181.

²⁷² ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 182.

7.6.2 *Valid, Void and voidable contracts*

Semelhantes às categorias do *Civil Law*, um contrato é “valido quando o acordo de vontades por ele estipulado é vinculante e exigível em juízo”²⁷³.

Um contrato é anulável – *voidable* – quando seria, regra geral, válido, entretanto, em virtude de circunstâncias específicas demonstradas em juízo – e. g. ausência de consentimento voluntário – deixa de ser obrigatório.

É nulo, por fim, quando desafia a lei e não pode, em nenhuma hipótese ser levado a juízo²⁷⁴.

7.6.3 *Executed and executory contracts*

Um contrato em que ambas as partes tenham adimplido suas obrigações é dito *executed*, um contrato em que restem obrigações pendentes da parte de uma ou de ambas as partes é dito *executory*.²⁷⁵

Em virtude dessa classificação é possível por exemplo exigir o cumprimento do contrato ou a indenização da parte com eventual imposição de penalidade por *tort*.

7.6.4 *Unilateral and bilateral contracts*

Esta classificação em muito se parece com a do direito romano-germânico. Se existem obrigações para ambas as partes, o contrato é dito *bilateral*, enquanto se a apenas uma das partes incumbe uma obrigação verifica-se, ao contrário, um contrato *unilateral*.

²⁷³ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 184, “a valid contract is na agreement that is binding and enforceable”.

²⁷⁴ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 184

²⁷⁵ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 184.

7.7 Extinção dos Contratos

A extinção de um contrato – *discharge of contract* – no *Common Law* dos EUA pode ocorrer de inúmeras formas: pela execução do seu objeto, modo regular por excelência; por ato unilateral de uma das partes – quando previsto no acordo ou estipulado pela lei²⁷⁶ -; em virtude de acordo entre as partes – que corresponderia à resilição no direito brasileiro, apesar de receber no jargão norte-americano o nome de *rescission*²⁷⁷ – ; bem assim por qualquer tipo de novação acordada entre as partes.

A par dessas hipóteses, pode-se dizer internas, outros fatores, de ordem externa, podem resultar na extinção do contrato: a impossibilidade de sua execução – seja por destruição do seu objeto, fato do príncipe (*change of law*), morte ou incapacidade da parte no caso de execução personalíssima²⁷⁸ -, ou por desinteresse econômico.

Uma breve abordagem sobre essa última – desinteresse econômico – é bastante esclarecedora sobre o *modus operandi* do *Common Law*. Uma mera alteração nas circunstâncias relacionadas a um contrato, como “o fato de que sua execução se apresenta mais custosa do que originalmente se supunha... não constitui impossibilidade que escuse sua execução”²⁷⁹, por outro lado, se uma condição superveniente torne impraticável a execução – *supervening impracticability* – algumas cortes admitem a extinção do vínculo contratual. Assim, sem recorrer, a uma doutrina justificadora, cingida apenas a princípios de equidade, o direito dos EUA chega a soluções semelhantes às do direito brasileiro moderno, em casos concretos.

²⁷⁶ Como é o caso do direito de que goza o consumidor de devolver, em até três dias mercadorias ou serviços, cujos valores ultrapassem US\$ 25,00, entregues ou prestados a domicílio, em virtude de uma norma da *Federal Trade Commission*. ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 341.

²⁷⁷ A *rescission* também pode decorrer de inadimplemento de contrato e, nesse caso, se não for concedida por acordo pela parte inadimplente pode ser buscada em juízo, ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 362.

²⁷⁸ A obrigação de dar coisa ou quantia certa remanesce. ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 345.

²⁷⁹ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 343: “the fact that it will prove more costly to perform the contract than originally contemplated...does not constitute impossibility that excuses performance”.

7.8 Inadimplemento de Contratos

O inadimplemento de contratos no *Common Law* – *breach of contract* – é definido por Anderson, Fox e Twomey como *the failure to act or perform in the manner called for by the contract*²⁸⁰. Tradicionalmente, o direito dos contratos norteamericano não se preocupa com a construção de soluções para evitar o inadimplemento dos acordos, mas simplesmente com a compensação dos danos sofridos, por meio de *actions for damages*, independentemente de questões de ordem moral, apesar de estas serem levadas em conta nas decisões de jurados e juízes²⁸¹, mais recentemente, contudo, as Cortes passaram a sopesar elementos que Charles L. Knapp denomina de moral negocial – *business morality* – em seus julgados e, por exemplo, a equiparar a quebra de contrato por má-fé à responsabilidade civil por danos extracontratuais - *tort* - com o intuito de lhe aplicar, desse modo, as sanções correspondentes, tais casos, contudo, ainda são esporádicos²⁸².

As *actions for damages* requerem a demonstração, por parte do autor, do nexo de causalidade – *causation* – e do valor certo do dano. O pedido de tais ações pode se restringir à mera compensação dos prejuízos sofridos – *compensatory damages* – ou abranger, igualmente, a punição do inadimplente – *punitive damages or exemplary damages* – que, com exceção dos casos de equiparação a *torts* ou de direitos do consumidor, são difíceis de serem alcançados²⁸³.

Outra alternativa consiste em pleitear a execução específica – *action for specific performance* – oriunda da *Equity* inglesa²⁸⁴. Esse tipo de ação influenciou

²⁸⁰ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 356.

²⁸¹ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 229: “many would agree that making a promise of performance creates a moral duty of performing it...the decisions by judges and juries about which party is in breach, and what the remedy should be for that breach, are likely to be affected by the judgement about the moral qualities of the parties’ conduct”.

²⁸² KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 229.

²⁸³ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 359, em particular, sobre “punitive damages”: “in contract actions punitive damages are not ordinarily awarded”, exceção feita alguns casos envolvendo direito do consumidor: “in some consumers situation the recovery of punitive damages is allowed in order to discourage the defendant from breaking the law with others”.

²⁸⁴ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 235: “the English law courts originally did not order specific performance, but only awarded money damages for breach of contract. When the court of ‘equity’ conducted by the King’s Chancellor began to give remedies for breach of contract, it would order

marcadamente o direito dos EUA e mais recentemente o brasileiro²⁸⁵. Especificamente sobre o *Common Law* dos EUA, ensinam Anderson, Fox e Towmey:

Sob certas circunstâncias especiais a parte prejudicada pode obter uma tutela para execução específica que induz a outra parte a cumprir os termos de um contrato. A execução específica é geralmente concedida, apenas quando o conteúdo do contrato é infungível, e, portanto, uma compensação pecuniária pelos danos torna-se inadequada. A compensação pecuniária mostra-se inadequada quando não é possível determinar-se com precisão razoável o montante do dano sofrido pelo autor da ação em virtude do inadimplemento do contrato. A compensação pecuniária pode ser inadequada porque uma execução alternativa ou substitutiva pode não estar disponível no mercado.²⁸⁶

Knapp acrescenta um pré-requisito ao pedido de execução específica, torna-se necessário, nesses casos, que o autor demonstre não estar, de nenhum modo, inadimplente no que tange às suas obrigações contratuais, ou seja, apresentar-se à corte trazendo *clean hands*²⁸⁷.

Contratos que envolvam obrigações personalíssimas de fazer, em geral, não ensejam mandados específicos das cortes – em obediência à 13^a. emenda da Constituição Federal dos EUA²⁸⁸ – entretanto, dotadas de maior poder discricionário, estas podem, e. g., determinar uma obrigação negativa – *a negative injunction that prohibits the defendant from rendering a similar service for anyone else* – tais determinações tendem a ser cumpridas, em virtude da grande autoridade de que

specific performance in certain types of cases, but only if the remedy which might have been awarded by a law court was regarded as insufficient to fully compensate the plaintiff for the breach. Although very few American jurisdictions today retain separate courts of law and equity, it still remains true that specific performance of a contract is generally said to be available only when the ‘remedy at law’ – i. e. the damage remedy – is ‘inadequate’.

²⁸⁵ Sobre esse tema ver TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, 2^a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 83 a 102, e de ASSIS, Araken, *Manual do Processo de Execução*, 8^a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 128 a 131.

²⁸⁶ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p. 363: “Under special circumstances the injured party may obtain the equitable remedy of specific performance that compels the other party to carry out the terms of a contract. Specific performance is ordinarily granted only if the subject matter of the contract is unique, thereby making a monetary award of damages an inadequate remedy. Monetary damages maybe inadequate because it is not possible a reasonable determination of the damages the plaintiff will sustain by the breach of the contract. Monetary damages maybe inadequate because a replacement or substitute performance cannot be obtained in the market place”.

²⁸⁷ KNAPP, Charles L. Op. cit., p.236.

²⁸⁸ KNAPP, Charles L. Op. cit., p. 365: “because of the Thirteenth Amendment of the federal Constitution prohibiting involuntary servitude except as criminal punishment”.

desfruta o Poder Judiciário nos EUA e das sanções – efetivamente punitivas – aplicadas em casos de desrespeito à corte – *contempt of court*²⁸⁹.

Por fim, é importante mencionar, em rápidas palavras, que uma parte pode dispensar a outra da obrigação contratual por meio do instituto do *waiver of breach*, assim abordado por Anderson, Fox e Towmey: “o fato de uma das partes ter quebrado o contrato não significa necessariamente que haverá uma ação para a execução do contrato ou sua perda. Por razões práticas de ordem negocial uma das partes pode desejar ignorar ou promover a remissão da inadimplência”²⁹⁰. É evidente que esse instituto se assemelha com o da remissão de dívidas do direito brasileiro – art. 385 a 388 do Código Civil de 2002.

7.9 Interpretação dos Contratos

Sempre que ocorre dissenso entre os contratantes, a sociedade – representada pelo juiz ou pelo júri – é convocada a decidir o conteúdo de um contrato, esta, contudo, não é uma atividade trivial, ao contrário, inúmeras questões preliminares surgem nessas circunstâncias, por exemplo: devem as cláusulas ser interpretadas sob o ponto de vista das partes ou da *reasonable person*²⁹¹, o contrato deve ser interpretado exclusivamente a partir de suas cláusulas ou fatores externos devem interferir na interpretação?

De modo semelhante ao do direito continental europeu, os princípios desempenham um papel decisivo na interpretação dos contratos, ao lado de algumas regras como a da busca da determinação da vontade objetiva das partes – vale dizer, não são consideradas válidas intenções “secretas” ou inteiramente subjetivas –; a interpretação deve, ademais, ser sistemática, i. e., o contrato deve ser analisado como um todo; finalmente, quando existem termos ambíguos, as Cortes costumam se valer –

²⁸⁹ SOARES, Guido Fernandes Silva. Op. cit., p. 37.

²⁹⁰ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., p.357: “The fact the one party has broken a contract does not necessarily mean that there will be a lawsuit or a forfeiture of the contract. For practical business reasons one party may be willing to ignore or waive the breach”.

²⁹¹ Numa concessão ao politicamente correto, Anderson, Fox e Twomey preferem esta expressão a “reasonable man”, Business law, p. 296.

como era de se esperar – da na análise das circunstâncias em que o acordo foi formado ou, em alguns casos da regra da interpretação estrita contra a parte que elaborou o contrato – *strict construction against drafting party*.²⁹²

Merecem uma abordagem à parte os *implied terms* aos quais, em algumas situações, as Cortes dão eficácia e, assim, relativizam a regra da *parol evidence*, são dessa natureza lacunas quanto à duração do contrato – que as Cortes ora interpretam como elemento essencial e, portanto, causa de invalidade do próprio contrato, ora como uma cláusula implícita de duração razoável – por fim, interferem igualmente na inteligência dos contratos, as cláusulas cogentes estipuladas pela lei – *statutory terms* – ou por ela vedados, que são supridos pelas Cortes em caso de litígio.²⁹³

Essas regras, essencialmente pragmáticas, são conhecidas como *four corners test*²⁹⁴ e demonstram o caráter empírico do direito norte-americano

²⁹² ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., pp. 296-305.

²⁹³ ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. Op. cit., pp. 306-307.

²⁹⁴ SÈRROUSI, Roland. Op. cit., p. 119.

8 CONCLUSÕES

Como ficou claro desde o início do presente trabalho, seu objetivo foi comparar o instituto jurídico do contrato nos ordenamentos jurídicos brasileiro e do *Common Law* dos EUA, destacamos a seguir as principais conclusões:

1. A ciência do Direito possui uma essência supra-nacional incompatível com a delimitação da investigação científica a um único ordenamento positivo. O direito comparado é o instrumento para a superação de barreiras dessa natureza.
2. Os ordenamentos jurídico-positivos estatais modernos constituem sistemas caracterizados por uma maior ou menor abertura à absorção de elementos que lhes são externos, expostos, além de outros meios, pelo direito comparado.
3. Os ordenamentos jurídicos podem ser agrupados, para fins didáticos, em famílias jurídicas que compartilham estruturas, fontes e modos peculiares de entender o Direito e decidir os litígios em suas sociedades.
4. Há duas famílias de direito no ocidente: a romano-germânica, à qual se filia o direito brasileiro, e a do *Common Law* em que se situa o direito dos EUA.
5. A integração econômica internacional – acelerada a partir dos anos oitenta do século passado – constitui um importante fator extra-jurídico a favor da aproximação e comparação dos direitos nacionais.
6. O direito dos contratos representa, em ambas as famílias, o resultado de uma evolução histórica que procurou recobrir com uma roupagem jurídica as operações econômicas existentes em cada momento, em cada sociedade, de acordo com as condições sociais e econômicas ali existentes.
7. O direito do contrato no ordenamento jurídico brasileiro evoluiu, como de resto em todos os demais ordenamentos da família romano-germânica, de uma concepção estritamente individualista e positivista, para outra mais suscetível à intervenção do Estado e concretização de valores sociais inscritos na Constituição de 1988.
8. O individualismo e a autonomia da vontade, nos EUA desde sua fundação, são compreendidos e estimulados como fonte de progresso e prosperidade, o

- sistema jurídico atua para evitar desproporções exageradas e, segundo os partidários da escola econômica do direito, para propiciar uma distribuição ótima – utilizando o critério de Pareto – dos recursos da sociedade.
9. Há, nos EUA, uma predominância filosófica evidente de valores do pensamento liberal, entretanto, decisões movidas por critérios de equidade implicaram resultados semelhantes aos do ordenamento brasileiro.
 10. Além dessa convergência de conteúdo, há igualmente uma convergência de formas: no direito brasileiro é cada vez maior a influência da jurisprudência e, em contrapartida, no direito norte-americano, atualmente há muitas legislações cogentes aplicadas pelos juízes nos casos concretos.
 11. Ambos os ordenamentos adotam como solução para a eficácia das propostas de contratos a recepção das mesmas pelos destinatários.
 12. O ordenamento jurídico norte-americano, em decorrência de sua origem no *Common Law*, não compartilha com o direito brasileiro a distinção entre os ramos público e privado do direito.
 13. Apesar de prezar – mais do que no Brasil – a “sacralidade” dos acordos de vontade, a intervenção do Poder Público sempre foi admitida, nos EUA, em especial em situações percebidas pelos Juízes – *judge made-law* – como carentes de correção.
 14. Independentemente das técnicas e dos métodos adotados, está presente em qualquer ordenamento jurídico de um Estado democrático uma inescapável busca de valores, diga-se de Justiça, de acordo com as aspirações dos indivíduos que compõem essas sociedades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALPA, Guido. *Contratto e Common Law*, Padova, Cedam – Casa Editrice Antonio Milani, 1987.
- ANDERSON, Ronald A; FOX, Ivan e TWOMEY, David. *Business law, principles, cases, legal environment*, 11^a ed., Cincinnati, South-Western Publishing Co., 1992.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, São Paulo, Martin Claret, 2002.
- BANCO MUNDIAL. *Globalização, crescimento e pobreza*, Relatório de Pesquisa do Banco Mundial, São Paulo, Editora Futura, 2003.
- BANTAM/BRITANNICA BOOKS. *Law in America*, How and why it works, New York, Bantam Books inc., 1979.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*, 4^a edição, Saint Paul, West Publishing, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 10^a ed, São Paulo, Malheiros, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 2^a ed., v. 1, São Paulo, Saraiva, 2002.
- COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*, Campinas, Russel, 2002.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 4^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____. *Introduction a l'étude du droit privé de L'Angleterre*, Paris, Librairie du Recueil, 1948.
- DOUGLAS, William O. *Uma Carta viva de direitos*, São Paulo, Ibrasa, 1963.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Atlas da história do mundo*, São Paulo, Folha da Manhã, 1995.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*, São Paulo, Manole, 2004.

- GOMES, Orlando. *Contratos*, 25ª edição, atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.
- _____. *Introdução ao Direito Civil*, 18ª. edição, atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*, 3ª. edição, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998.
- KNAPP, Charles L. *Contract law in MORRISON*, Alan B., *Fundamentals of american law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- LARROUSSE. *Petit Larrousse illustré*, Paris, Librairie Larousse, 1987.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, vol. 1, 11ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.
- _____. *Direito Romano*, vol. 2, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*, Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional, Pensamento Jurídico – v. II, Curitiba, Juruá Editora, 2002.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé justiça contratual)*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- PLATTNER, Marc F. in GOLDWIN, Robert A., SCHAMBRA, William A. (Org.). *A Constituição Norte-Americana, Capitalismo/Democracia*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1986.
- RATTI, Bruno. *Comércio internacional e câmbio*, 9ª. edição, São Paulo, Edições Aduaneiras, 1997.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Livraria Almedina, 1988.

- SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*, São Paulo, Landy, 2001.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, v.1, 5ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common Law, Introdução ao direito dos EUA*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- STEPHEN, Frank H. *Teoria econômica do direito*, São Paulo, Makron Books, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Aide Editora, 2001.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 34ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*, 3ª. edição, São Paulo, Editora Atlas, 2003.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, São Paulo, Martin Claret, 2002.
- WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão, Direito das Obrigações, Parte Geral*, Tradução de Armino Edgar Laux, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1983.
- YOUNG, Roland. *American law The creation of public order*, New York, Harper & Row Publisher, 1967.