

O ESPÍRITO DA *COMMON LAW* E OS CONTRATOS

Ana Lucia de Lyra Tavares

Introdução

O presente Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado neste final de século pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, tendo à frente o ilustre Professor Francisco Amaral, batalhador incansável para a intensificação de pesquisas brasileiras sob o prisma da comparação jurídica, faz recordar que o primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado ocorreu, precisamente, no início do século, sob a direção de Edouard Lambert. Em homenagem ao grande comparatista francês foram publicados, em 1938 e reeditados em 1973, três preciosos volumes, ainda hoje repletos de ensinamentos de permanente atualidade, a famosa coletânea de estudos que recobre os diversos ramos do direito¹. Sobressaem, nessa obra fundamental, e sob o ângulo comparatista, que privilegiamos no presente texto, trabalhos que cotejam o sistema romano-germânico e a *Common Law*, focalizando-lhes o espírito e as fontes, os méritos e deméritos, para enfim chegar a artigos sobre a interpenetração dos dois sistemas.

Vale recordar, nesta oportunidade, a feliz observação do Professor Haroldo Valladão, sobre o hábito dos nossos juristas,

¹ *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 3 vols. LGDJ. 1938 e 1973.

de abordar, no estudo de cada matéria, o direito estrangeiro ao lado do direito brasileiro.² A lista seria longa dos nomes daqueles mestres que deram ênfase ao direito comparado.³ Nesta oportunidade, gostaríamos de prestar nossa homenagem aos eminentes civilistas e comparatistas, Professor Caio Mario da Silva Pereira, Presidente de Honra deste Encontro, ao Professor Arnold Wald, ao grande jurista que foi Orlando Gomes, e ao idealizador e executor deste Congresso Internacional de Direito Comparado, o Professor Francisco Amaral.

No quadro de uma reunião internacional, destinada a examinar as linhas básicas do direito contratual contemporâneo, particularmente em vista de identificação de traços, senão convergentes, pelo menos conciliáveis, que implicaria a elaboração de leis-padrão, de nível regional, sobre a matéria, não se poderia, certamente, passar ao largo das peculiaridades do sistema jurídico inglês que, na esfera do direito contratual, encontram vasto campo de manifestação, pela densidade e diversidade dos relacionamentos da vida em sociedade que ele pressupõe.

É, em conseqüência, sob a ótica da compreensão do próprio espírito da *Common Law*, fundamental para nortear quaisquer comparações jurídicas que sejam empreendidas sobre o assunto, que pretendemos nos situar. Desenvolvemos, portanto, esta comunicação sob o influxo do nosso interesse pelo direito comparado, e mais especificamente, pelo direito constitucional comparado, sem qualquer veleidade de efetuar uma análise do

² Cf. VALLADÃO, Haroldo. "L'étude et l'enseignement du droit comparé au Brésil: XIXe e XX e siècles". In: *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée*, LGDJ, Vol.II, 1971, p.321.

³ Há alguns anos, procuramos fazer um levantamento das diversas colaborações nacionais em matéria de direito comparado, num quadro mais amplo de pesquisa, relativo ao papel do direito comparado na edificação do direito brasileiro (Cf. "O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro". In: *Revista de Ciência Política*, Ed. Fundação Getulio Vargas, Vol. 33, nov.1989/jan.1990, pp.55-90).

direito contratual inglês como o fariam aqueles que são especialistas da teoria e da prática deste ramo do direito civil.⁴

Propômo-nos, por conseguinte, dada a diversidade e amplitude do assunto, a focalizar, tão somente, alguns aspectos diferenciais, de natureza geral, que, em nosso entender, devem ser destacados em estudos que objetivem efetuar uma aproximação, em matéria de direito contratual, entre o sistema de *Common Law* (precipualemente o seu protótipo, o direito inglês), e a família de direitos romano-germânica, no contexto de uma elaboração normativa comum. Assim, partindo da indicação de especificidades fundamentais do sistema de *Common Law* como um todo (I), abordaremos as decorrências das mesmas para o direito contratual inglês (II), a fim de salientar certos pontos que se impõem à consideração num movimento de aproximação dos dois sistemas (III).

I. Especificidades do sistema de *Common Law*

Observação preliminar

A expressão *common law*, à qual alguns preferem conferir o gênero masculino e outros o feminino⁵ possui três acepções, que passamos a evocar: a) *direito comum*, de alcance para todo o Reino da Inglaterra, em oposição ao direito local, das jurisdições senhoriais, no período de formação do sistema; b) *tipo de proces-*

⁴ Na elaboração do presente texto tivemos a valiosa orientação das Professoras Marilda Rosado e Nadia de Araujo. A primeira com o seu tirocínio de advogada da Petrobrás, em especial na área dos contratos internacionais, e também como Professora de Direito Privado Comparado da UERJ e doutora em DIP, pela USP. A última como especialista em Direito Internacional Privado, matéria que leciona na PUC e na UERJ, e como autora de uma das obras fundamentais e recentes sobre o tema, sua tese de doutorado, em Direito Internacional Privado, pela USP: *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Ed. Renovar, 1997. A ambas, o nosso mais sincero agradecimento.

⁵ Preferimos, por nossa parte, atribuir-lhe o gênero feminino, opção majoritária na literatura jurídica francesa, uma vez que não há posição firmada nas traduções jurídicas para o português.

so originário dos Tribunais Reais, em que predomina a oralidade, o júri, a sanção em perdas e danos, o qual contrasta com o processo de *equity*, peculiar aos Tribunais de Chancelaria, como veremos abaixo; c) *sistema jurídico anglo-americano*, cujo protótipo é o direito inglês, que exerce influência marcante no mapa jurídico contemporâneo, muitas vezes, mesclando-se a direitos de natureza religiosa ou consuetudinária.

1.1 O espírito do Direito Inglês

Se Aristóteles foi, por muitos, considerado o precursor do direito comparado, com a clássica referência ao confronto de 153 Constituições de Cidades-Estado da Grécia e de outras cidades, que precedeu a elaboração de *A Política*, coube a Montesquieu o reconhecimento de ter sido ele o primeiro a aprofundar-se neste estudo, visto que se *esforçou em penetrar no 'espírito das leis' e descobrir os princípios de um bom sistema de governo.*⁶

E é precisamente Montesquieu, tendo como ponto de observação o sistema inglês, que assim se expressa referindo-se às leis positivas: *elas [as leis positivas] devem corresponder às peculiaridades físicas do país; ao clima glacial, quente ou temperado; à qualidade do solo, à sua localização, ao seu tamanho; ao tipo de vida dos povos, dos agricultores, caçadores ou pastores; elas devem corresponder ao grau de liberdade que a constituição permite; à religião dos habitantes, às suas inclinações, às suas riquezas, ao seu número, ao seu comércio, 'aos seus costumes, aos seus modos'.*⁷ *Enfim, elas [as leis positivas] se relacionam entre si; elas se vinculam às suas origens, ao objetivo do legislador, à ordem das coisas que as embasam. É sob todos estes aspectos que devem ser consideradas. É o que pretendo fazer*

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Martins Fontes, 1998, p.l. (Grifamos).

⁷ Grifamos.

neste livro. *Examinarei todas estas relações: elas formam, em seu conjunto, o que se chama de “Espírito das Leis.”*⁸

Na verdade, observa-se que há certas famílias de direito, em que o conhecimento de sua estrutura (isto é, da própria concepção de regra de direito, dos critérios que presidem a ordenação dessas regras) e o da hierarquia das suas fontes de direito possibilita a identificação, sem maiores dificuldades, de seus traços peculiares fundamentais. A apreensão de seu espírito não é condição essencial para que as normas jurídicas oriundas dessas famílias possam ser compreendidas em extensão, em razão de terem se formado a partir de bases mais técnicas e doutrinárias, do que sócio-jurídicas. Assim, quanto ao sistema romano-germânico, resultado do reestudo e das interpretações do direito justinianeu, a partir do século XI, não seria apropriado falar-se em espírito, visto que ele não é calcado em modos de ser de um povo específico, mas produto de elaborações teóricas, em busca de um direito ideal e geral.

O mesmo, entretanto, não ocorre com sistemas como o de *Common Law*, caracterizando-se este por ser fruto de uma lenta e caprichosa construção, impulsionada por elementos ínsitos à natureza do povo inglês. A compreensão de seu funcionamento passa, pois, necessariamente, pelo conhecimento do modo pelo qual o sistema jurídico foi erigido, modo este intimamente associado à própria formação histórica e social da Inglaterra, ao conjunto de relações a que se refere Montesquieu. Neste sentido, é comum a referência ao espírito do direito inglês, como o foi, igualmente, em relação ao direito romano clássico,⁹ uma vez que ambos os sistemas, não obstante o distanciamento temporal e a

⁸ MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Loïs*. Gallimard (Collection Idées), 1970, p.44 (Tradução aproximada).

⁹ RUDOLF VON IHERING, *El espíritu del Derecho Romano*, obra publicada em três volumes, a partir de 1852. A Ed. Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.) publicou uma versão condensada deste trabalho, em 1997.

inexistência de influência direta do último sobre o primeiro, são o reflexo da natureza pragmática e racional dos dois povos.

Se o papel decisivo do juiz, na família de *Common Law*, decorre dessa evolução histórica que buscaremos retrazar a seguir, por certo a maneira pela qual ele atua e imprime a sua marca no desenvolvimento desse sistema jurídico corresponde à sua própria natureza pessoal, racional, pragmática, realista, e também individualista, o que não implica o desconhecimento do dever de solidariedade social.¹⁰

Como bem acentua H.A. SCHWARZ-LIBERMANN VON WAHLENDORF, eminente Professor de Direito Comparado da Universidade Jean Moulin (Lyon III), para captar-se o espírito do direito inglês deve-se ter em mente que nele predominam as considerações de ordem moral, vinculadas aos ditames da razão. Toda a análise judicial, desenvolvida dentro de rígidas formas processuais que uma longa evolução histórica modelou, está sempre direcionada para uma situação específica, objetivando aferir qual o comportamento razoável que seria exigível da pessoa em causa, naquela dada circunstância. O predomínio da razão na construção jurídica faz com que, no direito inglês, prevaleça a idéia de um direito natural, mas não de um direito natural especulativo, mas sim concreto, a partir de uma situação real.¹¹ Na abertura de seu estudo sobre a *Common Law*, acentuava, em 1881, OLIVER WENDELL HOLMES JR., o grande jurista e magistrado norte-americano: *A vida do direito [anglo-americano] não foi lógica: foi experiência.*¹²

¹⁰ P. ATIYAH, *Law and Modern Society*, (Oxford University Press, 1989, p.147), ao referir-se à postura individualista do magistrado inglês, observa que ela coexiste com o seu senso de dever para com a coletividade, permitindo, assim, que ele reaja, de uma forma equilibrada, às exigências sociais de nosso tempo.

¹¹ VON WAHLENDORF, H.A. Schwarz-Libermann. *Introduction à l'Esprit et à l'Histoire du Droit Anglais*. Paris, LGDJ, 1977, p.9-11.

¹² HOLMES JR., Oliver W. *The Common Law*. Tipografica Editora Argentina S. A., Buenos Aires, 1964, p.15.

A flexibilidade que esta postura individualista do juiz confere ao sistema é, na verdade, temperada com a imposição de sólidos padrões morais e racionais que, efetivamente, conferem coesão e equilíbrio ao sistema. O estabelecimento da prática de retomada dos princípios que se impuseram para lastrear as decisões básicas anteriores (as *ratio decidendi*) gerou um todo coerente de normas, muitas vezes mais estável e adequado do que aquele resultante, no contexto da família romano-germânica, das pressões conjunturais exercidas por grupos junto ao legislador.¹³

Em síntese, o espírito inglês é representado pela associação dos seguintes traços: vinculação da lei à moral; recurso prioritário à razão em um contexto específico (o direito natural concreto, na análise, acima evocada, de Wahlendorf), através do desenvolvimento de um raciocínio indutivo e analógico; formalismo processual; liame permanente entre a tradição e a experiência, relembrando-se, aqui, que ele é um direito empírico, por excelência, como também o foi o direito romano clássico.

Por que a figura do juiz e a maneira de ser que lhe é peculiar assumiram a posição de relevo nesse direito? Um olhar retrospectivo é indispensável para que possamos entender as razões dessa hegemonia.

1.2 A construção histórica, empírica e artificial do direito inglês

a) Origem pública

Como se sabe, vitorioso sobre os anglo-saxões, Guilherme da Normandia, em 1066, deu início a um sistema feudal, de caráter próprio, com um grande número de pequenos feudos arrolados no chamado *Domesday Book*, nos quais a justiça era feita pelas jurisdições dos senhores feudais. Tratava-se, portanto, de uma justiça local, cujas decisões limitavam-se aos próprios feudos. O

¹³ V. ATIYAH, op.cit., p. 148.

rei, por sua vez, era assessorado pela *Curia Regis*, que deu origem ao Parlamento e aos Tribunais Reais. Na insatisfação com um julgado local, o súdito, em casos restritos, poderia recorrer à justiça real. Através do exame de um *writ*, que vem de *written*, petição escrita, na qual expunha as peculiaridades de seu caso, o súdito, mediante pagamento de taxas, poderia obter a intervenção do rei, que deferia ou não o *writ*. Assim, além do interesse da Coroa, havia o do súdito, nesta expansão dos *writs*, pois que os procedimentos eram mais racionais e de alcance para todo o reino, formando-se, desde então, um direito comum (uma das acepções, como vimos, da expressão *common law*).

A formação do sistema deu-se, portanto, pela interferência gradual da Coroa em determinadas situações litigiosas particulares (inicialmente, assuntos relativos a finanças eram submetidos aos Tribunais de *Exchequer*, crimes que abalasses a paz do reino, eram julgados pelos Tribunais do Banco do Rei, o *King's Bench*, e as matérias relativas a litígios fundiários, encaminhadas aos Tribunais de Pleitos Comuns, os *Common Pleas*).

b) Preeminência do processo sobre o direito substantivo

Como salientamos acima, deu-se a construção do sistema por meio de mecanismos processuais de expansão das hipóteses de intervenção judicial da Coroa, ampliando-se a relação dos *writs*, *dos brevia de curso*, *das actions on the case*. Interessava, prioritariamente, saber se haveria uma ação, um remédio processual para fazer valer o direito, traduzido este procedimento pelo adágio *remedies precede rights*. A preexistência de uma via processual condiciona o exame da procedência ou não do pleito. Era fundamental convencer o Tribunal que o assunto, por sua natureza, estava na sua órbita de julgar. Somente através dos *writs* e dentro de quadros processuais preestabelecidos, o cidadão poderia ver o seu direito reconhecido. O remédio processual precede mas não exclui o exame do direito. Todavia, em conformidade com o adágio, *where there is no remedy there is no*

right, a rede processual que se foi historicamente tecendo constituiu um obstáculo à recepção do sistema romano-germânico,¹⁴ levando à formulação de um direito próprio, de origem pública.

1.3 As divisões processuais: *Common Law* e *Equity*.

A justiça real, até o século XV, se manifestou através dos Tribunais Reais ou de Westminster, em casos específicos de intervenção, e que suscitavam a reação hostil do Parlamento por esta ingerência crescente da Coroa em matéria judiciária. Relembre-se que as jurisdições locais estavam afetas aos nobres em seus feudos, os quais integravam o Parlamento. Escapando de uma série de limitações, os Tribunais Reais continuaram a agir, com a ampliação das hipóteses de sua atuação, que se dava sob a forma dos princípios da oralidade, do júri, da condenação em perdas e danos, em suma, em *common law* (acepção processual do termo). Ocorria, entretanto, que a figura do rei estava distanciada destes julgamentos, na verdade efetivados por seus representantes. Na tentativa de alcançar, novamente, a pessoa do rei, o súdito buscava um caminho direto para ele. Para tanto salientava que a justiça não havia sido feita, naquele caso específico, pelos Tribunais Reais. O rei, então, reexaminava o caso. De início, fazia-o pessoalmente, depois, através de seu Chanceler e Confessor que, como era natural, adotava normas de fundo religioso, de direito canônico e mesmo de direito romano, para solucionar o caso. Aos poucos, foi se formando um corpo de regras oriundas dos Tribunais de Chancelaria, e que julgavam *em equity*, com invocação dos princípios da justiça do caso concreto. Eram julgamentos escritos, sem júri e comportando sanções em espécie e não em indenizações, e que se foram estruturando entre 1485 e 1832, encontrando sua autoridade máxima no período absolutista dos Tudors.

¹⁴ DAVID, René. *Le droit anglais, Que sais-je?*. PUF, 1969, p.9.

Em 1873-1875, houve a fusão formal dos dois tipos de processo, mas na prática, perduraram suas respectivas características, podendo os juízes recorrer às regras emanadas das duas grandes divisões judiciárias. A inovação traduziu-se na existência, dentro do mesmo tribunal, de juízes que estatuem em *equity* e outros em *common law*, mais por motivos históricos e por razões e vantagens processuais em razão da natureza da matéria. À *equity* são submetidos casos que requerem processo escrito, ao passo que na *common law* são apreciados assuntos cuja natureza pede processo oral. Desta forma, a *common law* abrange questões criminais, contratuais, de responsabilidade civil, contratual e extracontratual (*torts*), enquanto a *equity* julga casos relacionados com sociedades comerciais, falências, testamentos, heranças, etc. Nota-se que, atualmente, juízes e advogados valem-se, indistintamente, de noções de uma ou de outra das duas grandes divisões processuais.

1.4 A decisão judicial no topo das fontes jurídicas

Contrariamente ao significado conferido pela família romano-germânica à expressão regra de direito, *i.e.*, norma de conduta geral com preocupações de justiça e de moral, a *legal rule*, corresponde aos princípios que lastreiam a *ratio decidendi* dos julgados dos tribunais superiores ingleses.

Em outras palavras, a *legal rule* indica os princípios jurídicos invocados para a tomada da decisão. É a *ratio decidendi* que tem força de precedente, vinculando as decisões posteriores. A sentença comporta, ainda, outros esclarecimentos fornecidos pelo juiz, mas que não são indispensáveis à sua fundamentação: os *obiter dicta* que, por isto mesmo, não são vinculantes.

A *legal rule*, pois, prende-se ao caso concreto para o qual ela foi emitida. É de natureza casuística, nada tendo de semelhante com a regra de direito romano-germânica, encarada pelo *common lawyer* quase como que um preceito moral.

a) A função criadora de direito do juiz e a técnica das distinções

Para a elaboração de uma nova *legal rule*, o juiz inglês adota a chamada *técnica das distinções*, por meio da qual ele procurará distinguir quais os aspectos novos da situação, e que justificam a não aplicação do precedente, levando-o, por conseguinte, à construção de uma distinta regra de direito.

A técnica das distinções traduz bem a função criadora de direito do juiz inglês, que não se limita a interpretar a norma jurídica, como ocorre no sistema romano-germânico, mas vai além, pois que pode criá-la, com base na razão, no bom senso, na avaliação e na ponderação dos elementos contidos em casos precedentes e na aplicação dos *statutes* (a norma jurídica oriunda do Parlamento).

b) O papel da razão e do bom senso

Aqui, sem dúvida, encontramos um dos pontos distintivos básicos dos dois sistemas. O juiz tem ampla liberdade para examinar o caso e escolher a solução, nova ou antiga, que a final prevalecerá, de acordo com a razão, *i.e.*, com a estimativa do comportamento equilibrado e ponderado que seria exigível na circunstância. Bom senso e razão devem predominar na avaliação de cada caso, independentemente das normas legislativas ou consuetudinárias que existam sobre o assunto. Sob este aspecto, parece-nos ser inevitável a associação desse procedimento com certas práticas jurídicas do direito romano clássico, como, por exemplo, no caso dos contratos fundados na boa-fé (*contractus bona fidei*) em relação aos quais, conforme salienta o Professor Francisco Amaral, *o juiz [poderia] avaliar as circunstâncias do caso, tomando como paradigma o comportamento esperado entre pessoas justas e leais*.¹⁵

⁵ AMARAL, Francisco. "Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?". In: *Revista de Direito Civil*, nº71, Ed. Revista dos Tribunais, p.83.

Importa, todavia, não esquecer que, por força de sua evolução histórica, o direito inglês incorporou elementos antagônicos, oriundos, do acatamento do primado da razão, por parte dos Tribunais Reais, e, por parte dos Tribunais de Chancelaria, da observância prioritária do princípio da autoridade. Esse antagonismo, que é de extremo interesse, germinou na época do Absolutismo inglês, fazendo com que contrastassem os Tribunais Reais, detentores, com o passar dos tempos, de uma autonomia de julgamento centrado, precisamente, na razão, e os Tribunais de Chancelaria, em formação, sob a tutela do Rei e do seu adjunto imediato, o Chanceler, cultuando o princípio da autoridade.

THOMAS HOBBS, defensor dos julgamentos dos Tribunais de Chancelaria (Tribunais de *Equity*), para ele respaldados na autoridade, nem sempre consoante com os ditames da razão, expôs, sob a forma de diálogo, seus argumentos em prol das deliberações provenientes desses Tribunais, fazendo-o, em contraposição aos de um defensor dos julgados racionais dos Tribunais *de Common Law*, no livro *A Dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*, publicado em 1681, dois anos após sua morte. No entender dos analistas da obra, seria simplista imaginar que o filósofo fosse o próprio Thomas Hobbes e no papel de seu interlocutor, o *estudante de Common Law* (que no corpo do texto de Hobbes está como advogado e no título do trabalho como *estudante*), estivesse apenas retratado o grande jurista Sir Edward Coke, defensor da autonomia de julgamento dos tribunais *de Common Law*¹⁶ e contrário a Hobbes. É bem verdade que as posições do filósofo correspondem a teses conhecidas de Hobbes, notadamente aquelas que destacam o elemento *autoridade* como essencial à norma jurídica. Mas também é verdade que alguns argumentos expen-

¹⁶ Cf. a introdução da obra, referida no corpo do texto, feita pelo editor Joseph Cropsey, The University of Chicago Press, 1971, p.10 (Tradução aproximada).

didados pelo *estudante* traduzem certas concepções caras a Hobbes, particularmente as relativas às precondições das hostilidades mútuas.¹⁷ Neste trabalho fascinante, as diferenças de entendimentos dos dois tipos de Tribunais, os de *Common Law* (Reais) e os de *Equity* (Chancelaria) estão expostas em profundidade. Não resistimos à tentação de transcrever um pequeno trecho, extremamente esclarecedor, em nosso entender, quanto ao tratamento inicial que recebeu a matéria contratual no âmbito das Cortes de *Equity*:

Filósofo – *Um crime é uma ofensa de qualquer natureza que enseja uma pena. Mas você deve entender que os danos que se reconhecem à parte ofendida nada têm em comum com a natureza da pena, tratando-se de mera satisfação que a Lei da Razão atribui à parte lesada, e, em conseqüência, não constituindo uma punição, como também não o é o pagamento de uma dívida.*

Advogado – *Por esta definição de crime percebe-se que você não o diferencia do pecado.*

Filósofo – *Todos os crimes são, na verdade, pecados, mas nem todos os pecados são crimes. Um pecado pode estar no pensamento ou no propósito secreto de um homem, do qual nem o juiz, nem a testemunha, nem ninguém pode dar notícia; mas um crime é um pecado que consiste numa ação contrária à lei, ação que pode ensejar uma acusação, um julgamento e o depoimento de testemunhas. E mais: pode ocorrer que a ação não seja em si um pecado, mas pode passar a sê-lo se sancionada pela lei.*¹⁸

c) O *case system*, o raciocínio indutivo e por analogia

Se a identificação dos princípios de justiça, da razão de decidir, passa pelo exame detalhado de cada caso, o ponto de partida é o particular, e o que domina o direito de *common law* é o *case system*. Cada situação foi objeto de decisões das quais se puderam extrair alguns princípios básicos. Importa conhecer es-

¹⁷ Id. *ibid.*

¹⁸ THOMAS HOBBS, *op.cit.*, p.78 (Tradução aproximada).

tes casos fundamentais (os *leading-cases*), uma vez que, do seu estudo atento resultará, ante uma nova situação, a retomada da decisão anterior ou, ao contrário, o seu exame poderá revelar características distintas da nova situação, desaconselhando aquela retomada e levando à elaboração de uma nova decisão. Daí a importância da técnica das distinções, acima referida, na construção do sistema.

Diversamente da família romano-germânica, em que, das regras de caráter geral, deduzem-se as soluções para os casos concretos, com recursos a métodos e técnicas de exegese da norma geral, no direito anglo-americano os princípios que fundamentarão as decisões dos diversos casos (as *ratio decidendi*) são encontrados por meio de um raciocínio, não apenas indutivo, como sobretudo analógico. Como relembra JOHN FARRAR, estribado em Stuart Mill, *a analogia, que é um método comum de argumentação, empregado tanto pelo advogado quanto pelo leigo, é uma forma imperfeita de indução*.¹⁹

É interessante acentuar que esse raciocínio indutivo e analógico não se desenvolve, necessariamente, à luz de princípios lógicos e racionais, pois que o direito anglo-americano, como recordamos acima através da citação do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., não é fruto da lógica, mas da experiência. Nesse contexto, a decisão judicial reflete não apenas as concepções, a personalidade do juiz e o grau de importância que ele confere aos costumes, práticas processuais, ante um caso específico, mas também o peso que ele atribui a certos valores sociais contemporâneos e que o levam a dar ênfase, ou ao contrário, a ignorar, certos elementos da decisão judicial precedente.²⁰

¹⁹ FARRAR, John. *Introduction to Legal Method*. Sweet & Maxwell, London, 1977, p.63.

²⁰ Se o debate das partes gira em torno das semelhanças e diferenças entre o caso novo e o antigo, talvez este seja apenas, no dizer de Farrar, a ponta do *iceberg*, uma vez que subjacente a tudo isto está a questão fundamental da conveniência ou não de serem retomadas decisões anteriores ante as concepções sociais predominantes no momento do julgamento. (id. *ibid.* p.63).

Convém, por igual, salientar que, a partir desse raciocínio indutivo e analógico, desse movimento que vai do particular para o geral, alguns princípios fundamentais vão sendo fixados, muitas vezes, veiculados através de máximas, adágios, como também o fazia o direito romano clássico. Têm-se, então, brocardos como: *equity follows the law* (a equity segue a *common law*, ela não a contraria, mas a complementa); *he who comes to equity must come with clean hands* (quem recorre aos tribunais *de equity* deve vir com o espírito puro, sem má-fé); *where there is no remedy, there is no right* (sem ação, não se conhece o direito),²¹ *equity acts in personam* (a equity atua sobre a pessoa).

1.5 A coesão do sistema pelo precedente

Nesta aparente desordem de construção jurídica, vão-se firmando bases sólidas que norteiam o exame judicial de cada caso. Como ressaltamos, em análise muito apropriada, observou Atiyah²² que mais do que as pressões conjunturais do legislativo, a *common law* alcança uma coesão e uma coerência que nem sempre preponderam nos sistemas romano-germânicos.

Apesar de, muitas vezes, insurgir-se contra a prática jurídica de *Common Law* de vinculação aos precedentes, prática que muitas vezes considerava fossilizante, uma das maiores figuras do direito inglês deste século, Lord Denning, antecipava eventuais interpretações errôneas de seus textos, explicando que ele se opunha, tão somente, à obrigatoriedade de vinculação ao precedente que lhe parecia equivocado, pois que, dessa forma, obs-

²¹ O nosso interesse por essas analogias entre o direito inglês e o direito romano clássico levou-nos a efetuar uma pesquisa sob o título *Paralelismos na construção do direito romano clássico e do direito inglês*, publicada nesta Revista Brasileira de Direito Comparado, no nº 16. Identifica-se o mesmo interesse nos escritos, sobre a matéria, do Professor Francisco Amaral, particularmente na Conferência por ele proferida na PUC-Rio, em agosto de 1996, sobre *A casuística romana*, trabalho que integrará os Anais do Simpósio sobre Direito Romano e Política, então realizado.

²² ATIYAH, op.cit. p.149.

truía-se a busca do caminho verdadeiro. Não era contrário, todavia, à prática em si de obediência aos precedentes, alicerces do *case system*.²³

1.6 O sistema aberto

Em consequência dessa diversidade de concepções, costuma-se denominar o sistema romano-germânico de sistema fechado, significando que qualquer espécie de questão pode ser resolvida através da aplicação e da interpretação de uma regra preexistente. O sistema inglês, ao contrário, é um sistema aberto, no qual a questão antecede à regra, podendo ser resolvida através de um precedente ou, na inexistência deste, através de nova *legal rule*.

2. Decorrências dessas especificidades para o direito contratual inglês

Observação preliminar

Sob o ângulo que vamos agora abordar, há estudos que consideramos fundamentais, pelo enfoque comparativo da matéria, o qual, em nosso entender, deve ser o adotado tendo-se em vista os atuais movimentos de harmonização normativa como requer a convivência econômica, política e jurídica européia. Esta compatibilização no plano jurídico mas, sobretudo, o êxito na aplicação dessas normas comuns passam, fundamentalmente, pela compreensão das diferenças essenciais dos sistemas romano-germânico e de *Common Law*, diferenças que podem emergir, sistematicamente, por meio da ótica comparativa.

Por isso mesmo, reputamos básicos aqueles estudos que, longe de serem meramente descritivos, empenharam-se numa real comparação, ou, no caso de não terem empreendido um exame comparativo metódico, procuraram, pelo menos, destacar aspec-

²³ LORD DENNING. *The Discipline of the Law*. London, Butterworths, 1979, p.314.

tos que não têm correspondência no sistema romano-germânico ou, se correspondência há, manifestam-se, juridicamente, de forma distinta. Tais estudos foram realizados por juristas oriundos do sistema romano-germânico, ou, em alguns casos, por grupo de juristas provenientes dos dois sistemas, o de *Common Law* e o romano-germânico. Dois compêndios, em nosso entendimento, são essenciais para um conhecimento das características diferenciais do direito contratual nos referidos sistemas de direito. O primeiro é de autoria do renomado comparatista que foi o Professor René David, *Les Contrats en Droit Anglais*, publicado em 1973.²⁴ O segundo é mais recente (1987), *Le contrat aujourd'hui: comparaison franco-anglaises*, resultado de um trabalho efetuado, em bases rigorosamente comparativas, ao longo de três anos, e que reuniu juristas franceses e ingleses, sob a égide, de um lado, do *Institut de Recherches Juridiques Comparatives* do *Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS)* de Paris, e de outro do *Centre for Socio-Legal Studies, Oxford*.²⁵

É certo que, anteriormente, ou mesmo contemporaneamente à obra do Professor René David, havia outros textos sobre a matéria, como o de Emilio Betti, resultante de curso que o eminente mestre italiano professara na Universidade do Cairo, e no qual tiveram prioridade os estudos sobre os códigos romano-germânicos, no tocante ao direito das obrigações, em confronto com o então recém-aprovado Código Civil do Egito. Este trabalho contém pontos de notável interesse, pela preocupação do autor em destacá-los à luz do então novo código civil egípcio, buscando cotejar, com aquele direito de base muçulmana, as tendências modernas do direito das obrigações, em busca de uma even-

²⁴ DAVID, René. *Les contrats en droit anglais*. LGDJ, 1973.

²⁵ TALLON, DENIS, HARRIS, DONALD e outros. *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*. LGDJ, Paris, 1987. Desejamos registrar o nosso agradecimento à Profa. Dra. Nadia de Araujo, que nos permitiu tomar conhecimento dessa obra.

tual harmonização. Não contém, todavia, este estudo, diversamente dos anteriormente referidos, uma pesquisa sistemática, de natureza comparativa, sobre os sistemas de *Common Law* e Romano-Germânico.

É certo que uma investigação mais demorada desse assunto não poderia prescindir da consulta a obras clássicas produzidas por juristas ingleses, dentre as quais avulta a de William Anson, *Law of Contract*, Oxford University Press, que, em 1969, alcançara a 23ª edição. Todavia, dada a natureza geral desta exposição, optamos por selecionar trabalhos elaborados por juristas ingleses destinados a explicar o sistema contratual a estrangeiros, ou mesmo a estudiosos de outros países com influência do direito anglo-americano, pois pensamos que em tais circunstâncias, os pontos diferenciais básicos seriam forçosamente destacados. Foi o que aconteceu com o texto, extremamente claro e, ao mesmo tempo abrangente, produzido pelo Professor Derek Roebuck, após trinta anos de magistério do direito inglês na Inglaterra, na Austrália, Nova Zelândia, na Nova Guiné e em Hong Kong.²⁶

Por outro lado, a intensificação do processo de harmonização normativa daqueles sistemas jurídicos aos quais pertencem os diversos países integrantes da União Européia tem ensejado copiosa produção de textos sobre a matéria, publicados regularmente em periódicos especializados.²⁷

²⁶ ROEBUCK, Derek. *The Background of the Common Law*. Hong Kong e New York, Oxford University Press, 1990.

²⁷ Temos em mente, por exemplo, uma série de trabalhos, de cunho geral, nos quais são cotejados os sistemas de *Common Law* e Romano-Germânico, em vista desta aproximação regional, e que a *Revue Internationale de Droit Comparé*, entre outros periódicos, tem divulgado. Entre estes artigos citem-se os de: DIDIER, Emmanuel. "La Common Law en français". *RIDC*, n.1, jan-mars, 1991, pp.7-56; MOCCIA, Luigi. "Les bases culturelles du juriste européen". *RIDC*, n.4, oct-déc, 1997, pp.799-811; BASEDOW, Jürgen. "Un droit commun des contrats pour le Marché Commun". *RIDC*, n.1, jan-mars, 1998, pp.7-33, etc.

2.1 Decorrências na noção de *contract*, bem como em seu enquadramento jurisdicional

Tem-se, de saída, que a própria palavra *contract* não corresponde, completamente, à idéia romano-germânica de contrato, visto que, pela sua formação histórica, de origem pública e delitual, esta noção não recobre os contratos que, depois do século XIX, desenvolveram-se fora da sanção da *assumpsit*, por sua vez modelada na ação delituosa do *trespass*. O termo *contract* não designa, portanto, aqueles acordos não onerosos e que, em caso de violação, não se caracterizariam, como ações delituosas, como, por exemplo, os contratos a título gratuito, dentre os quais se destaca a doação. Da mesma forma, estão excluídas dessa designação *de contracts* as ações oriundas de acordos, que visam à restituição de bens, quando o demandante é o próprio proprietário (a título de ilustração, o *bailment* – que poderíamos traduzir por arrendamento –, o depósito, o comodato, o transporte e os *trusts*). São, por conseguinte, diversos os campos recobertos, nos sistemas jurídicos em pauta, pelos termos *contract* e *contrato*.

E por que isto? Tal distinção decorre da formação histórica e processual do sistema. Recorda WAHLENDORF a importância da precedência dos *torts* sobre os contratos, como reza o adágio *tort precedes contract*. Isto porque, em sua origem, a noção de contrato está associada à de delito. Quem faz uma promessa (*promisor*) e não age de acordo com a expectativa que suscita no *promisee*, frustra-lhe esta expectativa, traindo a sua confiança e, por isso mesmo, comete uma ação delituosa. Tem-se, sob este aspecto, claramente o vínculo entre lei e moral a que nos referimos acima. Pune-se aquele que não cumpre a sua promessa, não pelo prejuízo causado, mas pelo delito em si. Somente mais tarde, com o surgimento da noção de *nonfeasance*, no século XVII, é que a punição decorre do reconhecimento da existência de um compromisso, que não foi honrado e que acarretou danos para a outra parte.

Esta origem da noção de contrato na concepção de delito e dos danos que dele advêm, explica porque, na *Common Law*, é de difícil compreensão a idéia de obrigação, conceituada, em plano abstrato, no sistema romano-germânico, como *o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável*²⁸. E isto porque o contrato, no direito inglês, só passa a interessar na medida em que a infringência de cláusula contratual acarreta uma ação judicial. É, como acentua René David, a aplicação, na prática, do adágio *remedies precede right*²⁹. Um vínculo jurídico sem resultar numa sanção não interessa ao direito inglês, fundamentalmente de natureza processual.

Paralelamente a esta assimilação originária da obrigação delitual à contratual, observam-se as estratégias processuais para atrair as questões atinentes aos contratos para as ações já existentes nas jurisdições reais, cujos pronunciamentos, como vimos, possuíam validade geral e eram de maior importância. Isto porque os Tribunais Reais não se ocupavam de contratos estabelecidos entre particulares, os quais não repercutiam, em sua maioria, sobre os interesses da Coroa. A maneira de suscitar a intervenção desses Tribunais foi seguir outras vias, atraindo para suas jurisdições os contratos no bojo de causas que envolviam questões de propriedade ou outras matérias.

Esquemáticamente, podemos assim retrazar a construção processual atinente aos contratos: pelo fato de os Tribunais Reais não se ocuparem dos contratos, em uma fase inicial, a matéria ficou distribuída pelas jurisdições eclesiástica, comercial, e local.³⁰ Em relação à primeira dessas três jurisdições, vale lembrar que é em razão do pecado, da conduta imoral daquele que prometeu e não cumpriu, que lhes é dado intervir em matéria con-

²⁸ Na definição lapidar do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em suas *Instituições de Direito Civil*, Vol.II, Forense, p.5.

²⁹ DAVID, René. *Les contrats en droit anglais*. LGDJ, 1973, p.59.

³⁰ Idem, *ibid.*, p.31.

tratural, retornando-se ao liame, inicialmente ressaltado, entre lei e moral, lei e religião, vinculação esta que originou os Tribunais de Chancelaria. O Chanceler, inicialmente um confidente e confessor do Rei, e posteriormente uma das peças-chave da administração

judicial, emitindo juízos com base na moral, na religião e na equidade. Em 1468, a alguém que se defendera de descumprimento contratual sob a alegação de que o contrato não estava revestido da formalidade essencial (o *deed*), o Chanceler replica que *Deus est procurator fatuorum* (Deus é o defensor dos tolos) e ainda: *the law of man must accord with the law of God* (o direito dos homens deve estar de acordo com a lei natural e divina)³¹.

No século XIV, os Tribunais Reais ou de *Common Law*, em sua divisão de *Common Pleas* (Tribunais de Pleitos Comuns, especializados em conflitos fundiários) reconheciam-se apenas competentes para examinar o assunto mediante ações de dívida (*action of debt*), as quais se destinavam a recuperar quantias indevidamente retidas pelo requeridos, ou ainda *actions of detinue*, em situações de retenção indevida de bens alheios, deferindo, em consequência, as petições em que tais pleitos eram formulados, os *writs de debt e de detinue*. Em ambos os casos, era necessário que os requerentes provassem o alegado através de um *deed*, documento escrito, formal, assinado perante testemunhas ou no qual estava aposto um selo.

Fora dessas hipóteses, as jurisdições reais apenas poderiam ser provocadas por meio de *actions of trespass* em casos de infração contratual comprovada, desde que evidenciada a ocorrência de delito, dado ter sido provocado um dano por ação (*malfeasance*) e não apenas por omissão (*nonfeasance*).³² Tinha-

³¹ Idem, *ibid.*, p.49.

³² O emprego, no direito inglês, de termos que resultam de combinação com palavras francesas prende-se às origens normandas do sistema (Entre outros, ver a clara exposição do Professor DEREK ROEBUCK, no capítulo 13 (*The languages of Common Law*, na obra acima citada, pp.105-108).

se, portanto, a aceitação da inadimplência contratual em razão de sua natureza delituosa, com a provocação de um dano. Era a responsabilidade decorrente da efetivação de um dano. Em outras palavras, ela se verificava no quadro da *liability* presente nos *torts* (delitos civis, responsabilidade civil). Daí o adágio que sintetiza esta seqüência da construção processual: *torts precede contracts*.

No século XV, registra-se uma evolução processual, mediante a aceitação, pelas jurisdições reais, da ação de deceit, cabível quando o requerente provava ter pago para o cumprimento de uma obrigação, pela qual se comprometera o requerido, e de cujo inadimplemento havia ocorrido dano. A inovação estava em que, pela primeira vez, a sanção judicial decorria também da quebra de uma promessa e não apenas da natureza delitual da ação.

No final do século XVI, começa a esboçar-se uma construção processual que acabaria por conferir vida própria ao direito contratual. Se para o acolhimento da ação dívida (*action of debt*), era necessário que o requerente (o *plaintiff*) comprovasse que já cumprira a sua parte no contratado com o requerido (o *defendant*), na nova construção que então se admitia, tal comprovação era desnecessária, pois a ação fundava-se, essencialmente, no fato de que o requerido (*defendant*) prometera e não cumprira: era a *action of assumpsit*, significando, literalmente *assumes and promises*, ou seja, o requerido comprometeu-se a efetuar a obrigação e não cumpriu. Preferimos não traduzir a nota de rodapé que se segue para evidenciar a dificuldade com que se defrontam os juristas de outros sistemas jurídicos para o entendimento de certos institutos do direito inglês, cuja conceituação subtende, muitas vezes, o conhecimento específico de outras noções que se apresentam encadeadas, como a que está reproduzida na nota 33 *infra*. Contudo, numa reprodução livre, em português, pode-se observar que a referida ação indica a quebra de uma promessa feita mediante uma contrapartida de ordem econômica e, como acentua o autor do verbete, ação esta também cabível para os

contratos simples (*simple contracts*), isto é, para aquelas promessas que não se revestem de um documento formal, selado.³³

No século XVII, o alcance dessa ação de *assumpsit* é consolidado através do *leading-case Slade's Case*, em 1602, com a imposição de sanção por quebra de um compromisso, por parte dos Tribunais Reais, fechando este caminho processual de atração, para as jurisdições reais, das questões relativas aos contratos. Em rápidas linhas, o caso originou-se de uma venda de trigo por parte de Slade a Morley. O primeiro declarou (sem comprovação) que o segundo assumira a obrigação e prometera pagá-lo (*assumed and promise – assumpsit*), mas não o fizera. Submetido o caso a júri, este se pronunciou pela improcedência da ação, uma vez que não tinha havido promessa expressa de pagamento. O requerente ameaçou, então, recorrer à ação de *debt*, na seção de Pleitos Comuns (*Common Pleas*) que rivalizava com a seção do Banco do Rei (*King's Bench*). Tendo como pano de fundo a disputa pela ampliação de competência entre as jurisdições reais (sob o absolutismo dos Tudors) e a do Chanceler, bem como a crescente importância dos contratos, particularmente os comerciais, para os interesses da Coroa, a decisão final foi favorável à competência do *King's Bench* para examinar a matéria, decidindo-se que todo o contrato que impõe uma obrigação à outra parte pressupõe um compromisso, um *assumpsit*, cuja quebra ensejaria o exame pela referida Corte. Acentua René David que este reconhecimento *judicial conferiu a esta ação um caráter de ação geral dos contratos, livre dos entraves e limitações dos 'writs' da Idade Média.*³⁴

³³ Na definição dicionarizada: "*assumpsit (he has undertaken). A voluntary promise, by which a man, for a consideration, assumes and takes upon him to perform to pay anything to another*". E, acrescenta-se: "*this word now is chiefly applied to the action which lay where a party claimed damages for breach of simple contract, i.e., a promise not under seal*". (Cf. JOHN B. SAUNDER, MOZLEY and WHITELEY'S. *Law Dictionary*. London, Butterworths, 1970).

³⁴ Cf. DAVID, René. *Les contrats en droit anglais*, op. cit., p.47.

2.2 Decorrências na formação do contrato

Em todas as etapas do relacionamento contratual identificam-se peculiaridades oriundas da própria natureza do direito inglês, mas sem dúvida é na etapa de formação do contrato que elas se apresentam em maior número.³⁵

A exemplo do sistema romano-germânico, a relação contratual, no direito inglês, parte de uma oferta e de uma aceitação. Todavia, no primeiro sistema, o princípio da autonomia da vontade rege esta relação contratual que se inicia. Consagra-se, então, a força normativa do que foi convenicionado entre as partes (*pacta sunt servanda*), princípio este desconhecido do direito romano clássico e construído, na verdade, a partir do século XIII, por influência do direito canônico. De qualquer modo, é traço fundamental do direito contratual romano-germânico este princípio, que, em geral, excetuada uma política de intervencionismo estatal, somente encontra suas limitações nas condicionantes legais relativas à capacidade do agente, à forma prescrita para os contratos e ao objeto dos mesmos. Tal princípio, entretanto, não é encontrado na *Common Law*. Nela, a exemplo do direito romano clássico, nem todos os acordos de vontade são considerados contratos. Quais são eles, então? Apenas têm valor de contrato (os *simple contracts*) aqueles acordos baseados numa *valuable consideration*, i.e., numa contrapartida de valor econômico³⁶. Esta

³⁵ Baseamo-nos, nesta parte do trabalho, fundamentalmente nas obras precitadas de enfoque comparativo, sobretudo no compêndio já referido do Professor RENÉ DAVID, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1973, o primeiro texto e ainda atual, em língua não inglesa, a abordar, contemporaneamente, o assunto, privilegiando a ótica do direito comparado.

³⁶ Sempre que são necessárias traduções, é necessário atentar para os riscos que elas implicam, pois que raramente existe uma correspondência exata entre os termos. Há um léxico específico para matéria contratual que pode ser indicado: *Glossaire européen de terminologie juridique et administrative: Termes de droit anglais des obligations*, preparado sob o patrocínio do Conselho Europeu, Ed. Langenscheidt KG, Berlin und München, 1974. Neste glossário, o verbete *consideration* vem acompanhado da observação: *sem equi-*

noção de *consideration*, inexistente no sistema romano-germânico, é fundamental na *Common Law* e de menção obrigatória nos desdobramentos que a matéria dos contratos comporta). Historicamente a importância da *consideration* explica-se pelo fato de que os Tribunais Reais somente tomariam conhecimento dos contratos pela via da obrigação delituosa, da ação de *assumpsit*, na medida em que eles envolvessem uma operação de natureza econômica (*bargain*). Mediante este critério econômico, estão fora da noção de contrato aqueles acordos de vontade de natureza diversa, a não ser, como vimos, que na inexistência de *consideration*, tenham sido passados em cartório (os *deed*, ou *contracts under seal*).

Após examinar, em detalhe, os tipos de *consideration*, e o seu papel essencial para caracterizar um contrato como tal (desde que envolva, portanto, interesse econômico) observa RENÉ DAVID: *Não faltou quem visse nesta diferença entre o direito francês e o inglês uma oposição de tendência, ou mesmo de princípio, decorrente das qualidades nacionais de uns e de outros, o inglês vendo tudo sob o ângulo do comércio (business) e o francês mostrando-se mais sensível ao aspecto moral das coisas.*³⁷ Na própria Inglaterra, entretanto, o aspecto mercantilista da *consideration* foi criticado pela *equity*, com sua origem romanista

valência exata (cf.p.15), com a seguinte definição: “*consideration ou valuable consideration constitui um elemento essencial de validade de qualquer contrato que não tenha sido firmado por deed*” [documento escrito, assinado, selado e transmitido à outra parte]. E mais adiante: “*a valuable consideration, em seu significado jurídico, pode ser um direito, um interesse, um benefício, uma vantagem conferida a uma das partes, ou uma obrigação de abster-se de alguma coisa, seja a aceitação de um prejuízo, seja uma perda, ou a assunção de alguma responsabilidade (...). A consideration é sempre futura e não pode basear-se em fato já ocorrido; ela deve ser valuable, isto é, possuir um valor econômico, e não estar fundada em sentimentos de honra ou de afeição; deve ser lícita e, em princípio, não pode decorrer de uma aposta*”. O verbete aqui transcrito baseou-se no *Anson's Law of Contract*, 23ª edição, 1969 (Tradução aproximada. Grifamos.).

³⁷ Cf. RENÉ DAVID, op. cit. p.120.

e canônica. A tal ponto que pretenderam fazer corresponder esta noção de *consideration*, nos *trusts*. Estes, como se sabe, são acordos baseados na confiança, *na fiducia*, pelos quais um terceiro (o *trustee*) encarrega-se da gestão dos bens de alguém (*celui qui trust*), o qual, por motivo de idade, doença, incapacidade ou outra razão não o possa fazer, havendo, ainda, a figura do intermediário, aquele que coloca os bens *in trust* (*o settlor of the trust*).³⁸ Pretendeu-se assimilar a noção de *consideration*, própria dos Tribunais de *common law*, aos *equitable trusts*, dos Tribunais de *equity*. Conforme esclarece o Professor René David, tal associação era despropositada, eis que estes últimos traduzem a noção romana-germânica *de causa* da obrigação e não de *consideration*.

Forma-se, pois, o contrato quando há uma oferta e uma aceitação válidas, isto é, quando há uma contrapartida (*consideration*) economicamente aferível, visando à produção de efeitos jurídicos. Cabe lembrar, também, que nesta fase de formação, diversamente do que se passa no sistema romano-germânico, interessa a ação, o que foi feito, e não a intenção. A análise é objetiva e não se fulcra em dados subjetivos.

Relativamente ao momento da oferta, há que se distinguir a *efetiva oferta* do mero *convite*, em direito inglês. Algumas situações mereceram destaque na jurisprudência inglesa, como o envio, por exemplo, de prospectos ou de catálogos de compra. No entender dos juízes ingleses estes envios não constituem uma oferta real, mas sim convites. Entretanto, no caso de mercados *self service*, em que os clientes apanham as mercadorias expostas com os preços, não é pacífico o entendimento de que não se trate de uma oferta real. Outra distinção cabível: ainda no caso de *self service* de uma farmácia, em que os medicamentos somente podiam ser adquiridos com a apresentação da receita médica, conforme ilustra René David, o tribunal considerou que o contrato

³⁸ V. DE WULF, Christina. *The trust and corresponding institutions in the civil law*. Bruxelles, E. Emile Bruylant, 1965; BÉRAUDO, Jean-Paul. *Les trusts anglo-saxons et le droit français*. LGDJ, 1992.

estaria formado, apenas, no momento do pagamento ao caixa, mediante a apresentação da respectiva receita.³⁹

Efetivada a oferta, é essencial que haja a concordância com o que foi ofertado. Vale salientar que tanto para a oferta, como para a aceitação o direito inglês é bastante flexível, sem prescrever formas rígidas, como o fazia o direito romano clássico. O que importa é a correspondência necessária, material e temporal, entre o ato de oferecer e o de aceitar, notando-se, ainda, que o silêncio não pode ser interpretado como aceitação, a não ser que haja um ato posterior a este silêncio que indique ter havido aceitação.

Cabe, por outro lado, lembrar que em termos de vícios do consentimento, as bases das jurisdições de *Common Law* eram bastante precárias, tendo ocorrido um desenvolvimento mais completo graças às jurisdições de *equity*. Assim, por exemplo, se as primeiras somente sancionavam a coação física, a *undue influence* e sob mais este aspecto é irresistível uma aproximação com o mesmo fenômeno ocorrido entre o direito civil romano e o direito pretoriano.

Ainda nesta fase de conclusão do contrato, recorde-se que a oferta é sempre revogável até o momento em que se efetive a aceitação, regra bastante criticada, mormente em função da insegurança comercial que ela acarreta, mas que foi confirmada reiteradas vezes pelos tribunais ingleses. Diga-se, porém, que a revogação terá valor apenas se tiver sido comunicada ao destinatário da oferta e sob este ângulo, as posturas das jurisdições de *common law e equity* nem sempre foram acordes. É bem verdade que as diferenças de fundo entre os dois tipos de jurisdições foram bastante atenuadas, já que formalmente elas deixaram de existir no final do século XIX. Sabe-se, todavia, que ao juiz está facultado invocar os princípios de uma ou de outra dessas divisões processuais.

³⁹ Cf. RENÉ DAVID, *op.cit.* p.89.

Parece-nos interessante acentuar o peso da noção de *razoabilidade* neste momento do contrato: no caso de o ofertante não ter fixado prazo para a aceitação de sua oferta, estima-se que esta caducará ao final de um *prazo razoável*⁴⁰. Da mesma maneira, é à luz da *razoabilidade* que se analisa o *animus contrahendi*, a vontade de ambas as partes de criar vínculos jurídicos entre si, fundamental para a conclusão do contrato.

2.3 Decorrência na validade e na prova dos contratos

Consideramos não ser demasiado reiterar as observações sobre os riscos de tradução de certos termos do direito inglês e a necessidade de empreender-se uma análise desvinculada das divisões básicas do direito contratual romano-germânico, uma vez que a construção histórica e fragmentada do sistema jurídico anglo-saxão situa, em partes distintas, noções romano-germânicas integradas e vice-versa. No presente tópico, mais uma vez, observa-se o mesmo fenômeno.

Não há, por exemplo, equivalência exata entre as noções romano-germânicas de *nulidade absoluta e relativa*, com os termos do direito inglês *void e voidable*. Assim, a diferença entre nulo e anulável é ignorada pelos tribunais que julgam em *common law*, os quais, tampouco, como vimos, conhecem as diversas modalidades dos vícios de consentimento. *A equity*, entretanto, por sua origem canônica e romanista, desenvolveu regras que se aproximam das noções romano-germânicas de nulidade e anulabilidade, mas ainda assim, com certas distinções. Como acrescenta o Professor RENÉ DAVID, as coisas são muito complicadas pela imprecisão do vocabulário inglês que confere vários sentidos ao termo *void* e ainda mais porque as noções de *void e voidable* estão relacionadas, em sua origem, pelo menos, com esta divisão fundamental do direito inglês, desconhecida no continente, qual seja a de *common law e de equity*.⁴¹

⁴⁰ RENÉ DAVID, op.cit., p.95.

⁴¹ RENÉ DAVID, op.cit., p.180.

Note-se, ainda, que, em princípio, o direito inglês não impõe formas específicas para a validade do contrato, salvo no caso dos atos passados mediante instrumentos formais (*deed*). Por igual, não veda qualquer tipo de prova, mas é extremamente rigoroso no seu exame. A existência histórica de um júri para examiná-las levou a que os tribunais na Inglaterra fixassem normas rígidas para aferir estas provas. RENÉ DAVID lembra que, embora o *vetusto Statute of Frauds*, de 1677, tenha sido praticamente abolido, outras exigências foram fixadas, sobretudo para os contratos de locação e de venda (*hire-purchase agreements*), as quais, como bem ele assinala, são antes regras de forma do que de prova. Os contratos que não as observam passam a ser *unenforceable*, isto é, não podem ensejar uma ação judicial.

2.4. Decorrências na interpretação do contrato

Preliminarmente, vale notar que o próprio termo *interpretação*, no direito inglês, possui um significado distinto daquele que lhe é atribuído no sistema romano-germânico, dada a natureza diversa desta operação, a começar pela amplitude do campo de atuação do juiz em sua função de criar o direito. Na verdade, no direito inglês, se a interpretação é feita a partir da configuração, escrita e/ou oral do caso que lhe é submetido (diferentemente do que se passa nos direitos romano-germânicos), o magistrado não está limitado por uma norma jurídica preexistente, condicionadora do seu raciocínio, que o impeça de enveredar por outras cogitações. Como vimos, através da técnica das distinções, é que ele vai ponderar os elementos que o levarão, ou não, à retomada dos precedentes.

Por outro lado, convém acentuar que, na interpretação, que é objetiva, tem-se em vista não o que se teria querido, mas o que se deveria razoavelmente querer, retornando-se, pois, a um dos princípios básicos do sistema que é o da razoabilidade. Assim, o sentido do contrato não é o que as partes subjetivamente lhe deram, mas aquele que pessoas justas e razoáveis (*fair e*

reasonable men) lhe atribuiriam em situações litigiosas. Daí a importância das cláusulas implícitas (*implied terms*)⁴², as quais, ao lado das cláusulas expressas (*express terms*), integram o contrato para fins da exegese judicial como se tivessem sido escritas. Esta concepção de cláusulas implícitas está associada à submissão, por longo período, dos contratos, a um júri, perante o qual se dava ênfase, por um lado, às cláusulas implícitas decorrentes da vontade das partes, sempre na ótica do homem razoável, e por outro lado, àquelas de fundo consuetudinário, notadamente nos contratos comerciais.

Na observação do grande juiz inglês, Sir Lord Denning, a quem tivemos o privilégio de escutar, em 1980, numa palestra proferida na Universidade de Cambridge, essas cláusulas implícitas eram perfeitamente justificáveis, sobretudo numa época em que se contavam os contratantes alfabetizados, que dificilmente podiam provar o que fora realmente contratado. A intervenção das Cortes para preencher este vazio era, como acentua Lord Denning, uma questão de razão e de justiça.⁴³

2.5 Decorrências na extinção do contrato

Sob esta rubrica são focalizadas as formas de extinção do contrato (*discharge of contract*), que se apresentam pela execução das obrigações (*performance*), pela inexecução (*breach of contract*), ou pela impossibilidade de execução, que conduz à noção de *frustration*, um pouco diversa da *rebus sic stantibus* do sistema romano-germânico.

⁴² DENIS TALLON E DONALD HARRIS, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p.17.

⁴³ LORD DENNING, *The Discipline of the Law*, London, Butterworths, 1979, p.34: (...) *The important point in that case* [referindo-se ao *leading-case* nessa matéria, o *Gardiner v Gray (1815) 4 Camp 144*] é que (...) *the warranty was imposed or imputed by law. It was imposed because it was just and reasonable. Not because the parties had agreed to it, either expressly or impliedly (grifamos)*.

a) por execução

Se o contrato não previu nenhuma data para ser implementado, retorna a noção de razoabilidade: ele deve ser executado dentro do prazo razoável que aquela espécie de contrato requer, cumprindo-se, simultaneamente, as obrigações. Há exceções a esta regra, mas os tribunais procuram limitá-las.⁴⁴

Sob este prisma, outro ângulo de interesse e que suscita a aplicação de certos princípios básicos de *common law* é o relativo à execução parcial da obrigação contratual. Anteriormente, se um dos contratantes efetuava um pagamento parcial, não poderia exigir do outro nenhuma contraprestação. Modernamente, à luz do princípio da boa-fé e da doutrina da *substantial performance*, procura-se verificar se a essência da obrigação foi cumprida, para evitar que, sob pretexto de pagamento parcial, o outro contratante procure se eximir do cumprimento de sua parte no contrato.⁴⁵

No plano econômico internacional, em que a compatibilização de conceitos oriundos de sistemas estrangeiros, além de indispensável é premente, como ilustra o presente projeto europeu de Código dos Contratos, no tocante ao presente tópico, consideramos ser de extrema utilidade a leitura do primoroso trabalho da Professora VERA MARIA JACOB DE FRADERA, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sobre as dificuldades de interpretação do artigo 25, da Lei Internacional sobre Vendas, sobretudo quanto aos conceitos, entre outros, de inadimplemento fundamental (*fundamental breach*) e de adimplemento substancial (*substantial performance*), estranhos aos juristas provenientes de outras famílias que não a *de common law*.⁴⁶

⁴⁴ RENÉ DAVID, *op.cit.*, p.368.

⁴⁵ *Id. ibid.* p.369.

⁴⁶ FRADERA, Vera Maria Jacob de. "O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980". In: *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n°9, 1996, pp.127-145.

b) por inexecução

Se um dos contratantes, de boa ou má-fé, não cumpre a sua obrigação, há a resolução do contrato, e ele se torna culpado deste *breach of contract*, o qual lhe acarreterá sanções.

Nesta parte avulta a distinção entre as formas de sanção da *common law e da equity*. Se a primeira leva à condenação em perdas e danos (decorrente da origem delitual do contrato e da sua inserção nas jurisdições reais por via da ação de *trespass*), é apenas a segunda que possibilita que a obrigação seja cumprida em espécie (*a specific performance*). Na prática, os juízes podem lançar mão das regras de ambos os tipos de processo, *Common Law e Equity*, diversamente do que ocorria antes de 1873-1875, período, como visto, em que se deu a fusão formal das duas jurisdições.

c) por impossibilidade de execução

Relativamente à hipótese de não-cumprimento da obrigação por ser impossível a sua execução, observa-se que somente, no século XIX, os tribunais atenuaram a postura rigorosa em relação ao contratante-devedor, reconhecendo a existência de uma circunstância imprevista (sem ser o equivalente da noção romano-germânica de força maior) impeditiva do cumprimento da obrigação, por impossibilidade física ou legal.⁴⁷ Esta postura das Cortes levou, numa evolução jurisprudencial, ao reconhecimento de uma *frustration* do contrato, o que implicava o seu cancelamento. Não se está, pois, ante a noção romano-germânica de *rebus sic stantibus*, que exime o contratante da obrigação, mas não acarreta o cancelamento do contrato.

3. Cautelas que pressupõe uma elaboração normativa comum

Nesta simples amostragem das diferenças que existem entre o protótipo do sistema de *Common Law*, que é o direito inglês, e os direitos que integram a família romano-germânica,

⁴⁷ TAYLOR V. CALDWELL (1863) 3 B.&S. 826, apud RENÉ DAVID, op.cit. p.387.

foram visualizados pontos que poderão tornar mais complexa a tarefa dos organismos europeus de harmonização normativa nesta área. Não seria por outra razão que os especialistas estão a recomendar que os Códigos de normas-padrão contenham antes diretrizes, do que regras impositivas, antecipando a dificuldade de aplicação em contextos de mentalidade jurídica tão diferente.⁴⁸

É certo que a diversidade de origem, de técnicas e de princípios dos dois sistemas em pauta, que se reflete, sobretudo, no campo do direito contratual, aconselha a necessária cautela para evitar distorções de conceitos e frustrações na aplicação de um instrumento normativo que lhes seja comum.⁴⁹

Mencionem-se, entre os aspectos que, a nosso ver, certamente serão cogitados pelos redatores das normas regionais comuns em matéria contratual: a) a intransponibilidade de certas noções e a correspondência de outras; b) a diversidade de campos recobertos pela designação de *contract*; c) a inexistência de equivalências entre noções como a de *consideration*, a qual, conforme acentuamos, por si só, pode conferir valor contratual à doação; d) as inconveniências de uma tradução forçada; e) os riscos das falsas aproximações (*frustration e rebus sic stantibus, p.ex*).

Não é por outra razão que os trabalhos doutrinários, visivelmente numerosos, na medida em que as instâncias superiores da ordem comunitária europeia estão a solicitar a concretização das padronizações normativas, têm alertado, com frequência, para as cautelas a serem adotadas nestes diplomas uniformes.⁵⁰

⁴⁸ Cf. BASEDOW. "Un droit commun des contrats pour le Marché Commum". *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.1, jan.-mars, 1998, p.33.

⁴⁹ Alguns estudiosos procuram acentuar as semelhanças entre os sistemas de *common law* e romano-germânico neste quadro contemporâneo de aproximação, como o faz o Professor H. PARICK GLENN, da Universidade McGill, em "La civilisation de la Common Law". *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°3, juillet-septembre, 1993, pp.559-575.

Conclusão

Ao longo deste texto, em que houve a preocupação de destacar peculiaridades *da common law* dos contratos, chamando-se a atenção para as condicionantes do sistema, particularmente sobre o espírito pragmático e racional que o impregna, neste contexto de busca de convergências para a elaboração de normas comuns, um pensamento dominou-nos: refletíamos, sem cessar, a respeito da utilidade de análises relativas aos sistemas jurídicos mistos, nos quais coexistem institutos, regras e princípios de origens heterogêneas, que neles penetraram por razões de natureza vária.

Efetivamente, se o objetivo é conciliar tendências tão distintas a fim de serem evitadas dificuldades na aprovação e na aplicação de projetos normativos comuns, é certo que a análise de situações notórias de direitos mistos como os da Luiziana, do Quebec, de Porto Rico, da própria Escócia, é de extrema relevância. Entretanto, não podemos esquecer da instrutiva experiência brasileira de aclimação de um direito público de base anglo-americana, com um direito privado romanístico. Foi, portanto, com indisfarçável satisfação que nos lembramos da seguinte observação premonitória do Professor René David, publicada em 1953: (...) *o estudo dos direitos da América Latina apresenta um grande interesse para ensinar-nos se, precisamente, esta justaposição de concepções continentais e anglo-americanas pôde se efetuar sem choques e se um sistema coerente de direito pode resultar deste amálgama: são questões às quais o problema da União Européia e o problema mais vasto da organização de uma comunidade atlântica conferem, em nossos dias, uma atualidade premente*⁵¹.

⁵⁰ V. trabalhos acima mencionados da *Revue Internationale de Droit Comparé* e os estudos conjuntos franco-ingleses supracitados.

⁵¹ DAVID, René. "L'originalité des droits de l'Amérique Latine". In: *Le Droit Comparé, Droits D'Hier, Droits de Demain*. Economica, Paris, 1982, p.166 (Tradução aproximada).

2.1 For Como que a corroborar e a atualizar a observação do Professor René David, o direito brasileiro contemporâneo registra um número elevado de exemplos de aclimação de contratos de matriz anglo-americana, entre eles os de *leasing*, *franchising* e *factoring*⁵², a maioria dos quais foi objeto de exposições específicas no presente Congresso.

De outra parte, note-se que as iniciativas conjuntas, primordialmente as de ordem econômica, que resultam em contratos envolvendo signatários de ordens jurídicas distintas, oferecem outro campo, bastante fértil, de estudo sobre esta coexistência mista. Extremamente elucidativo é o trabalho da Professora MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO sobre os contratos passados por empresas pertencentes a sistemas jurídicos diversos no campo da exploração e da produção petrolíferas, as chamadas *joint ventures* internacionais.⁵³

Como se pode depreender das reflexões acima expendidas, precisamente pela flexibilidade que caracteriza o espírito do direito inglês, as aclimações revelam-se possíveis, sem que por isso fiquem diluídos os elementos básicos desse sistema jurídico. Na verdade, a *common law*, por sua natureza empírica e aberta, mostra-se suficientemente maleável para concorrer para uma construção normativa comum, seja na etapa de elaboração, seja na de aplicação.

⁵² V., entre outros, GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Ed. Renovar, 1999, e LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. *Leasing - o arrendamento financeiro*. Ed. Malheiros Editores, 1999. Sobre estes novos contratos há uma copiosa bibliografia, mas de consulta obrigatória é também o volume III, da obra *Instituições de Direito Civil*, do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Ed. Forense, 1999, na 11ª tiragem da 10ª edição.

⁵³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. Ed. Renovar, 1997.