

# 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 direito<sup>1</sup>. 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,

---

<sup>1</sup> *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.<sup>2</sup> A lista seria longa dos nomes daqueles mestres que deram ênfase ao direito comparado.<sup>3</sup> 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

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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 feminino<sup>5</sup> 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-*

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.