

Os sistemas de *common-law* e de *civil-law* na determinação do perfil atual dos contratos. Influências recíprocas ou dominação?

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa*

RESUMO. De todos os institutos jurídicos clássicos, o contrato talvez seja o que mais rapidamente se adaptou às novas exigências do mercado globalizado. O contorno atual do contrato resulta de uma ampla conjuntura que abrange múltiplas perspectivas de ordenação jurídica pública, ao lado de um regime autônomo privado. Significa que soluções privadas de mercado convivem com um sistema normativo judicial público. Nesse sentido, destaca-se uma interligação entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, especialmente na esfera empresarial, onde a *lex mercatoria* se encontra em pleno vigor. O trabalho aborda as relações entre as regras de *common law* e de *civil law* no contexto do comércio global.

Palavras-chave. Contratos. Common-law. Civil-law.

Introdução

Nos dias de hoje, a disciplina jurídica dos contratos é o resultado patente da superação da exclusividade dos postulados do formalismo positivista e do monismo jurídico, bem assim, dos dogmas da segurança e da certeza do direito. Foi relativizada pela multiplicidade das leis positivas públicas (em âmbitos nacional, internacional e comunitário) e pelo pluralismo das fontes do direito, geradas a partir da atuação jurisprudencial e da normatividade empresarial privada em

* Doutora em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra. Professora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

esfera global. Assiste-se, assim, ao fim do monopólio legal clássico.

O contrato, antes visto como representativo de um acordo formalizado por intermédio de um “único ato”, capaz de regular todas as situações vindouras a partir desse momento fundador (*pacta sunt servanda*), foi-se amoldando às novas situações e se transformando, em determinados contextos, num bloco dinâmico de direitos e obrigações para ambas as partes, não mais unicamente gestor de interesses antagônicos, enrijecidos pela vontade autônoma dos contratantes, mas também podendo ser visto enquanto “processo”, dinamizador de uma seqüência genericamente anunciada, um instrumento de cooperação, detentor de uma espécie de *affectio contractus*, assemelhada à *affectio societatis* (circunstância admitida nos acordos de longa duração) e ajustável ao curso da demanda, passível de adaptações ou mesmo de dissolução, por ação das partes ou de terceiros (com autoridade).

A ampliação das fontes normativas, dos tipos contratuais e dos possíveis modos de interpretação tem provocado certa movimentação da doutrina em busca de novas formas de enquadramento teórico das contingências recentes que abrangem os contratos. Não podemos esquecer que o contorno atual do contrato resulta de uma conjuntura que absorve perspectivas múltiplas de ordenação jurídica – de direito público e de direito privado, de direito civil e comercial, leis e jurisprudência, regras de *civil law* e de *common law*, preceitos cogentes e supletivos. O contrato representa um todo híbrido e fundamentalmente plural.

Partindo dessa compreensão preliminar, o recurso ao direito comparado revela-se de extraordinária valia para uma análise mais completa sobre as transformações por que passam os contratos. Assim, é preciso buscar nos sistemas de

common law inglês e norte-americano os fundamentos para algumas mudanças importantes que hoje repercutem na composição do perfil mais recente do instituto, à vista de uma linguagem sistêmica. Novas tendências teóricas se ambientam em torno dessa discussão (caso da *Law and Economics*), vindo-se agregar aos modelos inscritos nos modos clássicos civilistas de encarar a questão. A estrutura técnica e o *iter* contratual, de sua formação até o momento de seu cumprimento, sofrem pequenos ajustes em razão da aproximação entre os dois sistemas.

O sistema da *common law* é um sistema de direito com nascedouro na Inglaterra, onde decorre principalmente da ação dos Tribunais Reais de Justiça. Compreende, além do direito inglês (Inglaterra e País de Gales), os direitos de todos os países de língua inglesa, com poucas exceções, tendo sempre de algum modo influenciado a organização administrativa e judiciária dos países politicamente vinculados à Inglaterra, a chamada *commonwealth*.

1 – A *common law* inglesa e os contratos

O moderno direito inglês dos contratos surgido no século XIX, período em que a Inglaterra dominava o comércio mundial, é diverso do direito que se apresentava entre as Idades Antiga e Média. Estruturou-se, em princípio, à semelhança do direito romano (ao reconhecer e classificar, por exemplo, contratos formais, contratos reais e certos contratos consensuais), mas mudou completamente de feição a partir de fins do século XIII, quando se engajou na via da *action on the case*, denominada *assumpsit*. Essa etapa do desenvolvimento moderno dos contratos foi marcada pela substantivação e pela busca de sistematização.

No início da modernidade, especialmente depois do julgamento do *Slade's case*¹, o direito inglês dos contratos já sentia alguma necessidade de deslocar a prioridade dada à questão do procedimento (*remedies*) para as questões de fundo (*rights*). No entanto, o ponto de partida desse novo direito dos contratos somente seria efetivamente encontrado na Reforma de 1852, com a promulgação do *Common Law Procedure Act*, que tratou de liberar o direito dos entraves processuais, permitindo aos operadores direcionar maior atenção para a parte substantiva desse ramo do ordenamento jurídico, racionalizando-o e sistematizando-o. Foram tomadas providências no sentido de serem abolidas algumas “formas de ação”, admitindo-se condições de revogação à ação de *assumpsit*. O objetivo maior era atenuar o rigor do formalismo² e da unificação das jurisdições quanto à competência para aplicar regras de *common law* e regras de *equity* (1875).

Na Inglaterra, a própria palavra *contract* não evocava um acordo de vontades, mas uma simples relação de direito criada entre duas pessoas por um ato da autoridade pública. O direito inglês não admitia a generalidade do *pacta sunt servanda*, nos moldes do sistema europeu continental, dado que a vontade das partes não podia ser dotada de força vinculante superior às decisões dos Tribunais Reais. Somente paulatinamente, ao longo dos séculos XIX e XX, é que se foi

¹ O *Slade's case* (1597-1602) é considerada a decisão mais importante de toda a história do direito das obrigações inglês. Alterou o direito dos contratos, redirecionando-o de um sistema baseado no *debt* para um sistema baseado na *assumpsit*. Cf. René David e Françoise Grivard de Kerstrat, *Les Contrats en Droit Anglais*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 46.

² O abrandamento do rigor do formalismo pode ser identificado, por exemplo, na importância que se passou a atribuir ao conceito de boa-fé (*fair dealing*) e à consideração das necessidades do comércio (*commercial convenience*). São circunstâncias indicativas de uma direção mais substantiva para o direito inglês dos contratos.

aproximando do sistema europeu – desembaraçando-se do procedimento e procurando dar tratamento legal à formação das obrigações contratuais.

No entanto, a despeito dessas e de outras mudanças, o direito dos contratos inglês continua sendo basicamente “criação dos Tribunais”, um direito feito por juízes (*judge-made law*), que se exercita e se aperfeiçoa diante do caso concreto. O papel do legislador foi inexpressivo, a despeito de algumas leis importantes aqui e acolá³. Ao lado da jurisprudência e da lei, os *mercantile customs*, depois da absorção do direito comercial pela *common law*, também passaram a compor o quadro disciplinador do direito inglês dos contratos. Neste ponto, aludimos a David para recordar que o direito inglês não é um direito consuetudinário, mas apresenta caráter jurisprudencial⁴.

Os princípios em matéria de contratos sempre se colocaram numa posição intermediária entre as categorias fundamentais da *common law* e da *equity* e entre um direito material (*contract, tort* etc.) e um direito processual (*remedies*), com larga preponderância deste. Na *common law*, as estruturas axiológicas contratuais comuns ao *continental law* se revelaram inexistentes ou fragmentadas. O regime do *pacta sunt servanda* e os postulados relativos à responsabilização e à boa-fé contratual, por exemplo, não significaram muito para o sistema de direito da *common law*.

Nesse sentido, pouca atenção judicial era dispensada para o que Larenz chamou de “deveres de conduta”⁵. Foram as regras de *equity* que patrocinaaram alguma tutela ao

³ Ver detalhes em: R. David e F. G. de Kerstrat. *Les contrats en droit anglais. op. cit.*

⁴ Cf. René David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 351.

⁵ Referência a “weitere Verhaltenspflichten”. Vide Karl Larenz. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. Tomo I.

contraente lesado. Na relação entre direito substantivo e direito adjetivo, a “regra do precedente”, rigorosamente estabelecida pelas reformas empreendidas na segunda metade do século XIX, impunha aos juízes ingleses o recurso às normas criadas por seus predecessores, conduzindo o ordenamento inglês a uma tendência legalista e formalista (à semelhança da Escola da exegese da França) que acabou por prejudicar, no caso concreto, o direito substantivo das partes menos favorecidas. Mais uma vez, foram as regras de *equity* que interferiram para abrandar o rigor das decisões de *common law*.

Em meados do século XX, um acontecimento pode ser identificado como impulsionador de soluções diferentes no âmbito do direito inglês dos contratos: a adesão do Reino Unido à Comunidade Econômica Européia, nascida com o Tratado de Roma, de 1957. Esse fato promoveu o desenvolvimento do comércio no espaço europeu (mercado comum europeu), multiplicou as possibilidades de entrelaçamento entre os regimes contratuais do continente e o sistema inglês e passou a fomentar os caminhos de reconciliação entre a *civil law* e a *common law*. As propostas de harmonização das leis civis e comerciais, em matéria de contratos, foram estimuladas, a partir de então. Outro fator de destacada importância foi a ratificação pela Inglaterra, desde o momento inicial, das Convenções de Haia de 1964, em vigor a partir de agosto de 1972. Essas Convenções aprovaram a Lei Uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias (LUVI) e a Lei Uniforme sobre a formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias (LUF), dois importantes instrumentos internacionais de direito uniforme. Atente-se para o fato de que ambos os eventos provocam alterações nos contratos celebrados no ambiente do comércio internacional.

Na verdade, de um modo geral, as propostas de uniformização do direito dos contratos, com referência expressa aos contratos comerciais internacionais, especialmente notabilizados depois do extraordinário crescimento experimentado pelo comércio internacional entre os anos cinquenta e setenta do século XX, identificados com a nova *lex mercatoria* e isolados das figuras doutrinárias tradicionais, serviram para aproximar os direitos do continente europeu e o direito anglo-norte-americano. Pense-se na formação de um emergente Direito internacional ou direito transnacional dos contratos comerciais.

No contexto da *lex mercatoria*, dissolveram-se os particularismos jurídicos das codificações e as diferenças de fundo entre o *civil law* e a *common law*. A grande alteração no direito dos contratos decorre do fato de que, sobre mercados mundiais, as empresas multinacionais precisam contratar em condições uniformes. Por sua vez, os Estados, adstritos ao direito nacional (de *civil* ou de *common law*), não conseguem discutir e subscrever, com a freqüência que o mercado impõe, convenções internacionais de direito uniforme. Foi nesse vácuo que os escritórios jurídicos (*law firms*) das empresas multinacionais foram estabelecendo suas negociações e fazendo circular, em escala internacional, modelos contratuais uniformes. Surgiram os institutos privados de unificação das regras do comércio internacional, prontos a desenvolver e estimular uma nova *lex mercatoria*, capaz de superar a descontinuidade jurídica existente entre a divisão política dos mercados (vocacionados à mundialização) e a pluralidade dos Estados nacionais (territorialmente circunscritos).

2 – A *common law* norte-americana (EUA) e os contratos

Nos Estados Unidos, antes da independência, as regras da *common law* inglesa revelavam-se pouco apropriadas às

condições de vida dos colonos⁶. A independência (1776) criou para as ex-colônias inglesas, então Estados Unidos da América, situações inteiramente novas na medida em que o padrão de vida assemelhava-se ao europeu. Na formação do novo direito, por um longo período, as regras de *common law* e os propósitos de codificação mantiveram-se em debate até preponderarem, no curso do século XIX, as concepções vinculadas àquela, marcadas por suas próprias peculiaridades. Na atualidade, considerando que houve uma proliferação legislativa nos EUA, especialmente depois do advento do *Welfare State*, o direito legislado (federal ou estadual) foi largamente compilado, classificando, sem codificar, as leis americanas, excluindo as regras de *common law*.

O direito estadunidense nasceu de um paradoxo, configurado numa dupla dimensão: (i) a dimensão do fazer imediato, proveniente do realismo, do pragmatismo e do utilitarismo (direito tido como *tool*); (ii) a dimensão da lembrança de quem suprimiu a figura (suspeita) do legislador. Foi concebido sob a forma de um direito jurisprudencial. Esse patrimônio genético o teria colocado numa perspectiva evolucionista e darwiniana, de modo a privilegiar a eficiência do sistema jurídico da *common law* desde cedo, assinalando uma trajetória do direito para a economia, distanciada da busca por completude e da racionalidade que teria marcado o direito continental europeu⁷. O direito constitucional norte-americano teria modelado o princípio da igualdade às exigências de uma "*business society*" em cujo interior a igualdade jurídica, como qualquer outro bem fundamental, é

⁶ O princípio do *Calvin's case*, julgado em 1608, estabelecia que a *common law* inglesa seria aplicável às colônias inglesas na América "[...] na medida em que as suas regras são apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias".

⁷ Cf. Guido Alpa. *La Morte del Contratto*: con un saggio di Guido Alpa. Milano: Giuffrè, 1988.

tido como escasso e não acessível a todos, estendendo-se a uma categoria privilegiada de cidadãos⁸.

É certo que o direito privado estadunidense, num país que não conheceu a nobreza, nasceu simplificado: (i) a propriedade, apesar das restrições que incidiam sobre a capacidade de ser proprietário, era um bem exposto à dinâmica dos mercados; (ii) o direito comercial⁹ tornou-se a moldura normativa do mercado, em benefício dos operadores econômicos; (iii) o contrato transformou-se, no curso do século XIX, no pilar da economia de mercado, garante do desenvolvimento capitalista. O direito norte-americano é, em larga escala, negocial, um “direito dos privados”, de natureza não-paternalística.

Na Europa e nos EUA, o século XIX foi especialmente importante para o direito dos contratos, transformado, desde então, num corpo de regras adaptado a uma economia de mercado impessoal, regente dos pactos privados cotidianos. Nesse período, o instrumento do contrato avançou sobre quase todos os domínios do direito, inclusive sobre os negócios fundiários. As cláusulas contratuais funcionavam como garantia de estabilidade para as transações, compondo

⁸ Nos EUA, até o período da depressão econômica e do *New Deal*, havia uma vasta categoria de sujeitos menos iguais. Eram os negros, os índios, os chamados *underdogs*, as mulheres etc. O gozo dos direitos civis (propriedade e contrato) era atribuído principalmente para quem participava da construção do Estado. Apenas em 1868, por intermédio da Emenda 14, é que a igualdade foi teoricamente incorporada ao texto da Constituição dos EUA. Em âmbito constitucional, o *status* de “iguais” somente foi reconhecido para todos os cidadãos depois de 1954, com o caso *Brown v. Board of Education*, que desmascarou a doutrina racista do *slogan* “separados mas iguais”.

⁹ Havia o *law merchant*, um corpo de leis próprio do comércio, inclusive do comércio internacional, situado fora da *common law* e utilizado nas cortes mercantis estadunidenses. Era uma espécie de *lex mercatoria*, embora não fosse reconhecida pela *common law* inglesa, no tempo do direito colonial.

uma espécie de transferência dos dogmas da certeza e da completude do direito para o âmbito do contrato, amparado nos princípios liberais da autonomia da vontade e da liberdade plena. O *consenso* inclinava-se no sentido da "realidade objetiva", ligado ao princípio da *consideration*, desembaraçando-se da busca pela "intenção objetiva".

O fim do século XIX marcou também, dadas as enormes pressões da sociedade civil americana, seguidamente molestada pelos prejuízos humanos causados em virtude do processo de industrialização¹⁰, o avanço da doutrina da assunção do risco. Os conceitos principais eram: culpa, "*contributory negligence*", "*proximate cause*" etc. Na mesma proporção, assinalou o retrocesso da doutrina da responsabilidade indireta. A regra da *imputed negligence*, que considerava o ato nocivo do autor como culpa da vítima, foi abrandada pela *contributory negligence*, que propunha uma partição da responsabilidade. As normas relativas à responsabilização delitual (fundantes do chamado *tort law*) não mais atendiam às demandas dos trabalhadores e de suas famílias.

A idéia da supremacia do contrato constituía um dos principais suportes jurídicos norte-americanos do século XIX, embora o direito dos contratos funcionasse fora das alçadas dos tribunais, calcado na avaliação preliminar de que aos juízes faltava a justa medida do sentido dos negócios. Na fase do *law merchant*, as partes mais potentadas recorriam aos procedimentos arbitrais na solução de suas controvérsias e somente os pequenos empreendedores e os sujeitos individuais é que procuravam os Tribunais inferiores para a satisfação de seus interesses particulares. Significa que restava

¹⁰ Referência à quantidade exorbitante de mortos e feridos nas construções das ferrovias e nas outras obras de construção do Estado norte-americano.

à apreciação judicial exercer funções marginais em lides de menor monta.

De qualquer modo, pode-se inferir que, já nessa época, competia aos juízes poderes tutelares da situação do contratante menos favorecido. Foi, no entanto, a partir da segunda metade do século XIX que, pouco a pouco, o reino intocável dos contratos começou a perder força. O *leader case* *Lawrence versus Fax* (Nova York, 1859) deu origem ao contrato em favor de terceiro e surgiram normas de ressarcimento de danos em caso de inadimplemento contratual. Por volta de 1900, o direito rumava em direção à proteção do consumidor (não o cidadão comum, como hoje, mas o pequeno comerciante ou o agricultor). Assim, a *civil law* americana adiantava-se reduzindo a distância que a separava da *common law*, ao tempo em que se multiplicavam as leis trabalhistas e adquiriam vigor as leis contra a usura (*usury laws*). Era o início do período de regulação estatal das atividades econômicas privadas.

O século XX, marcado por duas grandes guerras, uma profunda depressão econômica, a guerra-fria e a evolução tecnológica, presenciou, nos EUA, movimentos de centralização e descentralização do direito. O "*big government*", surgido do *New Deal*, produziu um enorme aparato fiscal, controlou a economia e causou gastos públicos muito elevados. Já a linguagem jurídica, pulverizada em cinquenta versões estatais diferentes, precisava ser uniformizada: o direito privado dos contratos (considerados não os contratos internacionais mas aqueles que se cumprem no âmbito interno), veio regulado, a despeito da existência de diversas leis estaduais específicas, basicamente pelo *Uniform*

*Commercial Code*¹¹, produzido pelo *American Law Institute* e pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, de aplicação em todo o país.

Do *Legal Realism* de Jerome Frank e Karl Nickerson Llewellyn à teoria da *Public Choice*, ao *Law and Economics* de Posner (anos oitenta) e ao *New Institucional Economics* de Coase, surgem os movimentos que concentram sua atuação na relação entre direito e fatos históricos, direito e organizações sociais, direito e economia. De um modo geral, o realismo censurava os conceitos sistemáticos, os dogmas e a argumentação jurídica tradicional que partia de premissas normativas. Adotava uma concepção instrumentalista e utilitarista¹² do direito (encarado meio idôneo para promover a utilidade geral) e criticava a *common law* (nomeadamente ao princípio do *stare decisis*), bem assim a sua pretensão jusnaturalista. A experiência do realismo jurídico faz da cultura jurídica estadunidense um universo rico para a análise das tendências e transformações do direito contemporâneo, especialmente no que tange à interface entre as transformações socioeconômicas e o direito positivo, com repercussões no direito dos contratos (conexão entre as formas de organização da produção e as práticas contratuais).

¹¹ Cf. *UCC* – versões 1978,1987,1988,1990,1991,1992, 1994,1995,1998 e 2001. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/ucc/>>. Acesso em: 30 abr. 2005.

¹² O utilitarismo inserto no realismo americano diferia completamente da visão individualista e racionalista dos juristas europeus continentais, que perseguiram o útil geral através de uma suposta igualdade jurídica formal estabelecida em lei. Os realistas, ao contrário, entendiam que quanto mais abstrata e geral fosse a regra, mais arbitrário e imprevisível seria o direito. Por isso, o conhecimento dos fenômenos jurídicos não deveria ter como objeto uma série de prescrições mas uma série de comportamentos, na base da diferença entre o *dever ser* e o *ser*, tomados por empréstimo do institucionalismo econômico. As decisões judiciais mereceram atenção por apresentar sempre um caráter criativo, se não *do* direito mas *de* direito.

Os movimentos ligados à análise econômica do direito e às relações entre direito e mercado tiveram início nos EUA durante os anos trinta e se prolongaram por todo o século XX. Os nomes do inglês Ronald Coase (Prêmio Nobel de Economia, de 1991) e de Richard Posner permeiam esse debate. A relação entre direito e economia, entre questões de teoria econômica e análise aplicada, constitui um avanço da economia do pós-guerra e compreende, no dizer de Friedman¹³, três tarefas (sistematização de funções) diferentes, mas conexas: (i) o uso da ciência econômica (aplicação da teoria dos preços) para prever o efeito das leis e dos critérios jurídicos alternativos (argumentos de eficiência *versus* argumentos de justiça); (ii) o uso da ciência econômica (critérios da *welfare economics*) para determinar como devem ser as leis eficientes (regra *caveat emptor, caveat venditor*, concorrência de culpas etc.); e (iii) o uso da ciência econômica (pela mobilização da *public choice* e do teorema de Coase – custos conexos às “externalidades”) para prever que leis serão efetivamente editadas ou quais as chamadas “opções do legislador”.

Convém salientar que a análise do ordenamento jurídico-contratual dos EUA – considerada a complexidade teórica que se avolumou em torno do tema e a dinâmica do mundo negocial contemporâneo – passa substancial e necessariamente pela distinção preliminar entre os contratos internacionais, regidos pela *lex mercatoria* ou pela lei nacional eleita pelas partes para solucionar as controvérsias (*choice of law* ou *free choice of contract law*) e os contratos celebrados no âmbito interno, disciplinados pela legislação nacional aplicável. Nestes, em termos de teoria dos contratos, a relação contratual (de *common law*) percorre alguns estágios

¹³ Cf. David Friedman. Direito e Ciência Económica. *Idéias / Sub judice*, n. 2, jan./abr. 1992. p. 31-38.

intermediários entre a sua formação e conclusão¹⁴ apresentando pontos de semelhança com a *continental law*.

Pode-se identificar, por exemplo, as seguintes similaridades: (i) uma estrutura institucional impositiva (regras cogentes) e dispositiva (regras facultativas); (ii) a discussão legal e doutrinária sobre o momento da formação do contrato (entre oferta e aceitação¹⁵, especialmente considerada a proteção conferida aos consumidores); (iii) a proteção da expectativa razoável e o princípio da boa-fé, incluída a prevenção contra as fraudes (prevista no *Statute of Frauds*); (iv) a disciplina dos vícios do consentimento (*mistake, misrepresentation, duress, undue influence*); (v) as possibilidades legais de anulação do contrato, por contrariedade às *public policies* ou mesmo (o que é estranho num ordenamento de *common law*) por incompatibilidade com a *fairness* contratual¹⁶.

¹⁴ Entre a formação e a conclusão dos contratos, podem-se encontrar estágios intermediários tais como a fase de execução contratual ou *contract performance*, as causas legais de modificação ou *contract modification* e as soluções apontadas em caso de descumprimento ou *remedies for breach of contract*.

¹⁵ A *consideration*, elemento que no direito anglo-saxão conferia força vinculativa à *promessa* (pensada como ato unilateral), era inicialmente perspectivada apenas como *executed consideration*. Com o tempo, passou a abranger também a *executory consideration*, ou uma contra-promessa emitida pelo promissário. Isto representa, no século XIX, uma aproximação com a idéia (própria da *civil law*) de que o contrato se aperfeiçoa mediante a aceitação da outra parte. Cf. Gino Gorla. *Il contratto*. Problemi fondamentali con il metodo comparativo e casistico: lineamenti generali, vol. I, Milano: Giuffrè, 1955. p. 345-346 e 393 e seg.

¹⁶ Nos EUA, o pensamento da *inequality of bargaining power*, como critério valorativo da justeza e imparcialidade dos contratos (*fairness*), foi ganhando autonomia no curso do século XX. Ressurgiu na jurisprudência norte-americana a partir do caso *Lochner v. New York*, em 1905, quando foi vencido o voto do juiz-relator, que, com base no respeito ao princípio da liberdade contratual, reconhecia validade a uma cláusula que fixava uma jornada diária de dezesseis horas de trabalho.

Foi no âmbito dos avanços tecnológicos do mercado industrializado, no entanto, que as figuras contratuais criadas desde fins do século XIX pelo direito norte-americano dos contratos, se apresentaram inovadoras e crescentemente paradigmáticas. Passaram a preponderar sobre os modelos de *civil law* e a influenciar, em larga medida, os textos legais uniformizadores na área do comércio internacional, setor governado pela desterritorialização econômica. Essa alteração pode ser especialmente observada depois da segunda guerra, quando o intercâmbio científico e cultural na área jurídica adquiriu maior relevo e a experiência anglo-norte-americana (sistemizada a partir de contribuições de cunho jurisprudencial, legislativo, costumeiro e doutrinal) mereceu maior acolhida nos países do *continental law*.

3 – A influência do direito dos contratos dos países de *common law* (eixo anglo-norte-americano) sobre a nova feição dos contratos

Os traços delineadores dos contratos na atualidade global, estendendo-se o olhar sobre a comercialidade de alguns ajustes utilizados também nos negócios civis, trazem a marca indelével da tradição típica dos países de *common law*. As tratções firmadas no âmbito empresarial são especialmente representantes da influência desse direito sobre o espaço do comércio internacional global. Nesse domínio, as práticas contratuais são rapidamente compiladas para servir de modelo aos comportamentos dos interessados e os contratos *standards*, fenômenos antes localizados nos acordos relativos às vendas, foram expandidos a outros setores da atividade econômica, a saber, serviços, agências comerciais, comércio eletrônico, fusão de empresas etc. Conforme

acentuam Loquin e Ravillon¹⁷, as normas criadas por ação dos operadores do comércio internacional se destinam a administrar juridicamente o mercado globalizado e, embora distintas das normas jurídicas tradicionais, podem ser “aclimatadas”, às custas de “contorções judiciais”, no interior da ordem jurídica estatal.

Nesse sentido, transações empresariais atípicas, de origem inglesa ou americana, resultantes da industrialização processada nesses dois países, tais como as que envolvem contratos de transferência de tecnologia (*know-how*), *leasing*, *franchising*, *factoring*, *marketing*, *merchandising*, *engineering*, contrato de *shopping center*, uso do *credit card*, *forfeiting*, *hedging*, alguns segmentos do mercado de derivativos (instrumentos cujo valor “derivam” de um outro ativo) – chamados *forwards* (ou mercados a termo), *futures* (ou mercados futuros) ou o mercado de *swap* etc., foram propagados pelo mundo nas suas operações industriais e comerciais internacionais, bem como nas relações entre estas e o mercado financeiro. Paulatinamente, técnicas novas de contratar foram sendo incorporadas à legislação dos Estados nacionais, prestando-se tanto ao comércio internacional como, em alguns casos, às contratações no âmbito interno.

Sob a denominação genérica “transferência de tecnologia” foram agrupadas várias figuras contratuais distintas (atípicas) que possuem em comum algumas cláusulas. Alguns exemplos freqüentes são os contratos de licença para o uso de patentes de invenção, modelos e similares, o contrato de *know-how* (da expressão inglês *know how do it*), o contrato de assistência técnica, o contrato de consultoria etc. Outro exemplo de derivação dos países de

¹⁷ Cf. Eric Loquin e L. Ravillon et Laurence Ravillon, “La volonté des operateurs vecteur d’un droit mondialisé”. In: *La mondialisation du droit*. Dijon: Litec, 2000. p. 94.

common law é o caso do *leasing* (ou arrendamento mercantil) que, por sua vez, provém, com os contornos atuais, dos EUA da década de cinquenta. A franquia (*franchising*) também teve origem nos EUA, no século XVIII. O sistema de franquias, especialmente promissor depois da segunda guerra, é hoje adotado em todo o mundo, nas atividades industrial, comercial e de prestação de serviços. O *factoring* (faturização), antes uma prática bancária, revelou-se um elemento de fomento comercial e também surgiu nos EUA, propagando-se depois pela Europa e pelo mundo.

O *marketing* e o *merchandising*, contratos na área de publicidade, têm igualmente origem americana. O *engineering* (contrato de engenharia), contrato misto que se despreendeu do modelo de empreitada e tem por finalidade a construção e instalação de uma indústria, provém do direito inglês. O contrato de *shopping center*, padronizado e atípico, firmado entre os lojistas e o empreendedor na constituição de um centro comercial (contratos de utilização de espaços), surgiu entre as décadas de vinte e trinta, nos EUA. Os cartões de crédito (*credit cards*), simplificadores das operações comerciais, surgiram nos EUA, em torno dos anos vinte, mas somente em 1950, com a criação do Diner's Club, se expandiram. O *forfaiting*, contrato bancário (de crédito), usado no comércio internacional de exportação, tem origem anglo-saxônica. O *hedging*, instrumento muito utilizado no mercado de derivativos, que se expandiu dos EUA para o mundo no curso da década de sessenta do século XX, busca a proteção contra os riscos do mercado financeiro. *Forwards*, *futures* e *swap*, operações de origem americana, compõem o chamado "mercado de derivativos", ramo do mercado de capitais, dotado de diversos segmentos individuais, cada um com características próprias.

A expansão da padronização (*standard*) contratual e a implementação das técnicas indicadas, autonomizadas sob a forma de novos contratos nominados, representam um fator claro de uniformização jurídica que se deslocou da *common law* sobre os sistemas de *civil law*, num processo semelhante aos de “aculturação” jurídica¹⁸. Essa via de entrelaçamento não se apresenta, entretanto, exclusivamente unilateral, sendo possível identificar formas de interação recíproca entre esses dois grandes sistemas de direito nas respostas que conseguem dar às exigências do mercado global, âmbito de atuação da nova *lex mercatoria*.

O panorama que resulta desse conjunto de intersecções aponta características de adaptabilidade e de múltiplas influências na composição atual da figura dos contratos¹⁹. São vários os indicadores técnicos, sociológicos e jurídicos aptos a patentear essa forma de influência e de indução da *common law* (a americana, em especial). Nesse contexto, um elemento de extrema importância diz respeito à intensa dominação cultural dos EUA sobre a nova geração dos operadores do direito, que cresceu sob o poder massificador do uso da língua inglesa, como idioma global dos negócios, e sob a ascendência da era da Internet (com todos os seus mecanismos – *e-commerce*, *downloads*, *links*, *chats* etc.). A permear essas duas situações, cabe atestar, como é de todo compreensível, um aumentado

¹⁸ Casos de “aculturação” jurídica a que se refere Gurvitch. Vide Georges Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, 1935.

¹⁹ Consta que o *Contract Code*, redigido em 1993 por Harvey McGregor, professor em Oxford, por ordem da *Law Commission* inglesa, é considerado como a primeira tentativa de efetuar uma unificação em matéria contratual entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, vigentes respectivamente na Inglaterra e na Escócia, mas acabou por ser retirado de pauta pelo próprio autor. Vide Maria Letizia Ruffini, “Problèmes d'unification du droit en Europe et le Code européen des contrats”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, a. 54, n. 4, 2002. p. 1075 e seg.

interesse pelo direito anglo-norte-americano, aparentemente mais apto a lidar com a revolução que a informática provocou nas relações jurídicas, inclusive aquelas de natureza contratual.

Outro fator que merece destaque na análise das alterações da feição e do *iter* contratual em virtude de caracteres provenientes da *common law* pode ser identificado no disciplinamento produzido pelos órgãos harmonizadores das relações comerciais internacionais. Nascidos no âmbito prático do comércio e do mercado, esses organismos conseguem fazer repercutir as suas diretrizes sobre a teoria geral dos contratos e sobre alguns contratos, em particular. Os textos harmonizadores provenientes de entidades privadas ou públicas, com base em suportes legais (como as Convenções de Roma e de Viena, de 1980) e nas discussões em âmbito europeu comunitário (como os vários projetos de Código Europeu dos Contratos), têm provocado algumas modificações substanciais no conteúdo dos contratos internacionais.

A ação dos organismos harmonizadores já conseguiu estabelecer, por exemplo, as seguintes adaptações: (i) a relativização do princípio da boa-fé²⁰; (ii) algumas diferenças na fase inicial de formação dos contratos (ponderações que envolvem os elementos *causa* e *consideration*); (iii) a alternativa da renegociação contratual nos acordos de longa duração, por intermédio das cláusulas de *hardship*²¹; (iv) a busca por maior

²⁰ Teubner classificou de “legal irritants” o transplante do princípio continental da boa-fé (*good faith*) estabelecido pela Diretiva Européia de Proteção ao Consumidor, de 1994, para o corpo do direito inglês dos contratos. Para o autor, este é um “infecting virus” que contaminou o *common law of contracts*, especialmente nos EUA. Cf. Gunther Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies”, *Modern Law Review*, 61, 1998, p. 11.

²¹ Cláusulas que estabelecem um dever de renegociação, caso uma modificação substancial das circunstâncias venha a alterar o equilíbrio

flexibilidade nos modos de resolução dos conflitos (recurso à arbitragem, por exemplo); (v) a ampliação do princípio social de proteção da parte mais fraca²²; (vi) a possibilidade (não totalmente afastada) de imposição da renegociação dos termos contratados ou de revisão judicial do acordo. Esses ajustamentos evidenciam a existência de elementos de intercepção entre os dois sistemas jurídicos, amoldados, nos textos uniformizadores, segundo propósitos concomitantemente liberais e protetivos, de *common law* e de *civil law*, prevalecendo ora uns ora outros, a depender do tema, com uma inclinação mais evidente para as regras de *common law* e para os postulados liberais, em atenção ao mercado.

Na verdade, o direito comercial americano apresentava certo cunho individualista, smithiano, até o século XIX. A proximidade e a necessidade de miscigenação entre as famílias da *common law* e da *civil law* levaram os juristas a contrapor a aparente simplicidade imperativa da *common law* ao paternalismo da *civil law*. Aspectos da *civil law*, ao serem estruturados nos EUA, não seguiram os propósitos de estabilização de uma teoria revisionista²³, como ocorreu na

global do contrato. São estipulações freqüentes em matéria de preço, duração, identificação da coisa ou do serviço e de conteúdo do contrato. Cf. Régis Fabre. Les Clauses d'adaptation dans les Contracts. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1983. p. 1 e seg.

²² No âmbito dos contratos internacionais, o sistema conflitual do Direito Internacional Público não se destina a proteger a parte mais fraca, mas tutela, por razões práticas, alguns contratantes, tais como o consumidor e o trabalhador. Cf. Rui Moura Ramos, "Contratos Internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português", in: *Contractos: actualidade e evolução*, António J. M. Pinto Monteiro (org.), Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 348-349.

²³ O revisionismo contratual surgiu com a flexibilização do *pacta sunt servanda*, ante as vacilações económicas do século XX, o avanço das idéias solidaristas e a possibilidade de intervenção estatal nas relações económicas. A cláusula exoneratória (*rebus sic stantibus*) poderá ser

Europa e noutros lugares, mas provieram de uma “regra de interpretação” particular, consubstanciada, a partir de 1914, no *Restatement of the Law*, espécie de código privado, ou uma compilação de repertórios de jurisprudência elaborada pela *Association of American Law*. A consolidação legislativa desses extratos representou um notável esforço de uniformização do direito no território norte-americano. A possibilidade de revisão do contrato por *supervening impossibility*, conforme admitida no *Restatement of the Law*, ao tempo em que indica evidente proximidade com a *civil law*, representa uma contraditória ruptura com o *pacta sunt servanda*.

4 – Conclusões

A proximidade e a necessidade de miscigenação entre as famílias da *common law* e da *civil law* levaram os juristas a

acionada sempre que um acontecimento imprevisto e imprevisível, de caráter extraordinário e anormal, resultar no agravamento substancial do valor da prestação. Cabe-nos asseverar que os países ligados ao *common law* não se ajustam às doutrinas revisionistas porque compreendem que um contrato se perfaz (tornando-se exigível) a partir do momento em que uma oferta não ambígua é aceita sem equívocos (o *consensus* é extraído da oferta, mais a aceitação, mais a *consideration* – D. W. Elliot). Não reconhecem o caso fortuito, a força maior, nem a excessiva onerosidade superveniente, como causas escusatórias ou exoneratórias do cumprimento dos pactos. A doutrina admitida pelos ingleses chama-se “teoria da impossibilidade de execução” (*frustration of adventure*) e nada tem a ver com onerosidade ou desequilíbrio das prestações. Nesse sistema, a execução torna-se impossível porque o contrato perde o seu sentido teleológico. Significa que nenhum valor moral ou social precisaria ser ponderado. Nos EUA, a admissão da *supervening impossibility*, embora com fundamento diverso do admitido no direito continental, obedece ao postulado *rebus sic stantibus*. Vide J. M. Othon Sidou, *A Revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

contrapor a aparente simplicidade imperativa da *common law* ao paternalismo da *civil law*. Assim, no contexto complexo das relações entre um *public judicial system* e a *private market solution*, vai-se conformando a figura atual do contrato, tendo recebido, na esfera própria das relações comerciais internacionais, maior intervenção das exigências práticas de expansão do mercado global. Atestamos como inquestionável, nesse espaço, a predominância da marca de contratualização da *common law*, ou seja, a forma emancipatória de contratar advinda da *common law* e da *lex mercatoria* reflete uma certa prevalência do mercado (e do contrato, como instrumento básico de seu tirocínio) no âmbito do comércio global.

No entanto, essa conduta do mercado não pode ser vista como totalmente alheia à vontade estatal. Os Estados, ao aderirem às Convenções internacionais de uniformização do espaço jurídico mundial (Convenção de Viena, de Roma etc.), deixam igualmente claro que participam dessa descentralização. Queremos aqui afirmar que os Estados, ao adotarem uma concepção minimalista de ordem pública, procuram se desafogar de problemas processuais e materiais gerados em suas instâncias jurisdicionais, permitindo, em contrapartida, a livre atuação dos operadores do comércio internacional, que podem escolher, em condições mais flexíveis, o ordenamento jurídico que preferirem, como direito aplicável, a quem possam submeter os seus litígios. Desse emaranhado de situações, emerge o perfil atual dos contratos.

The systems of common-law and civil-law in the determination of the present profile of contracts. Reciprocal influences or domination?

ABSTRACT. Of all traditional legal institutes, the contract is probably the one that managed to most rapidly self-adapt to the current demanding from a globalized market. Its present outline is the clear result of an ample conjunction that comprehends multiple perspectives of public legal ordination beside an autonomous private regime. In other words, numerous solutions of private market share the scene with a public judicial normative system. Therefore, it is emphasized an interconnection between civil law and common law systems, especially in the entrepreneurial sphere, where *lex mercatoria* is in full force. The present work broaches the relationships between common law and civil law rules within the context of global commerce.

Keywords: Contracts. Common-law. Civil-law.

5 – Referências

ALPA, Guido. Introduzione. In: GILMORE, Grant. *La morte del contratto*: con un saggio di Guido Alpa. Traduzione di Andrea Fusaro. Milano: Giuffrè, 1988.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 1998.

DAVID, René. *Les contrats en droit anglais*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1985.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GURVITCH, Georges. *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Paris: Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, 1935.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. T. 1.

LOQUIN, Eric e RAVILLON, Laurence. La volonté des operateurs vecteur d'un droit mondialisé. In: LOQUIN, Eric et KESSEDJIAN, Catherine (org.). *La mondialisation du droit*. Dijon: Litec, 2000.

RAMOS, Rui Moura. Contratos Internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português. In: Monteiro, António J. M. Pinto (org.). *Contractos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. *Modern Law Review*, 61, 1998, p. 11.