



Periódico Alberto Rufino

Revista Jurídica do Curso de Direito e
do Diretório Acadêmico Professor Alberto Rufino
da Universidade Católica de Pelotas

vol. 01



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DOS CONTRATOS NAS FAMÍLIAS DA COMMON LAW E CIVIL LAW: CAUSA E CONSIDERATION.

1 INTRODUÇÃO

Yasmin Pereira da Silva¹
Laura Larré da Silva²
Morena Lemos Mendes el Halal³

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o Direito comparado, com base nos elementos constitutivos dos contratos na família da *Common Law* e da *Civil Law*. Em um primeiro momento, analisa-se a *Common Law* norte-americana e, em segundo, a *Common Law* inglesa. Inicialmente, aborda-se a noção de *Civil Law*, e, por fim, brevemente, de causa e *consideration*. Ao fim deste trabalho, conclui-se que não há identidade entre causa e *consideration*, apesar de as duas terem surgido com a finalidade de limitar a teoria da autonomia da vontade. A teoria da causa dá-se no Direito Material; já a *consideration* dá-se no Direito Processual.

Palavras-chave: *Common Law*. *Civil Law*. Contrato. Causa. *Consideration*.

O contrato, anteriormente visto como representativo de um acordo formalizado, capaz de regular todas as situações vindouras, a partir desse momento fundador, também conhecido como *pacta sunt servanda*, amoldou-se às novas situações e se transformou, em determinados contextos, num bloco dinâmico de direitos e obrigações para ambas as partes. Não mais unicamente gestor de interesses contraditórios, enrijecidos pela vontade autônoma dos contratantes, pode ser visto enquanto “processo”, um instrumento de cooperação, detentor de uma espécie de *affectio contractus* (princípio da boa-fé objetiva), assemelhada à *affectio societatis* (a expressa e manifestada declaração de vontade de constituir uma sociedade) e ajustável ao curso da demanda, passível de adaptações ou mesmo de dissolução, por ação das partes ou de terceiros.

Assim, buscou-se no primeiro item realizar uma análise comparativa dos contratos frente ao sistema *Common Law* norte americano (primeiro subitem) e inglês (segundo subitem). O *Common Law* norte-americano, com o surgimento, a partir de uma dupla dimensão expressa entre realismo e pragmatismo e forte concepção jurisprudencial, acaba por se proclamar como um direito privado simplificado, com o direito à propriedade exposto nas dinâmicas mercantis, tendo este suas delimitações previstas por um direito comercial a serviço dos operadores econômicos. Nesse sistema, os contratos ganharam força no século XIX, passando o direito norte-americano a ser tido como “direito dos privados”, ante sua natureza amplamente negocial, ainda neste século, com a ampliação dos processos tecnológicos e da industrialização dos mercados, os contratos sofreram inovações também pelos processos internacionais de mercado.

No que tange ao sistema contratual inglês, teve início com a dominação inglesa sobre o comércio internacional, com contratos com a essência do direito romano – quanto ao reconhecimento e classificação –, no entanto, eivados por substantivação e sistematização. Os contratos ingleses, originalmente, não pretendiam ser um acordo de vontades, mas um ato de uma autoridade pública, marcando uma relação entre dois sujeitos. No período compreendido entre

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. E-mail: yasminpel-dir@gmail.com.

² Graduanda em Direito na Universidade Católica de Pelotas, 9º semestre. E-mail: laura.larredasilva7@gmail.com

³ Graduanda em Direito na Universidade Católica de Pelotas, 9º semestre. E-mail: morenahalal@gmail.com

XIX e XX, princípios como *pacta sunt servanda*, boa fé contratual, dentre outros passaram a ser considerados, contudo, com pouca importância ante o caráter jurisprudencial do sistema havido.

Em um terceiro subitem, tratou-se sobre a influência do direito dos contratos dos países de *Common Law* em relação à nova feição dos contratos em que se destacou as alterações realizadas a partir do alargamento do sistema de negócio multinacional e internacional, quando se tornou necessária a realização e a aderência a modelos contratuais mais uniformes. Os contratos dos diversos países do *Common Law* tiveram que se adequar às novas técnicas de comercialização internacional, compreendendo a interação recíproca entre os contratantes.

Em um segundo momento, tratou-se sobre os aspectos contratuais no sistema *Civil Law*; inicialmente trabalhou-se com a noção de contrato no *Civil Law*. Aqui prevalece como conceito de contrato o acordo de vontade em que se objetiva a criação, a manutenção, a modificação ou a extinção de direitos que atendem, assim como o direito em geral, aos institutos jurídicos, estes regidos por direcionamentos políticos, econômicos e culturais da sociedade. *Civil Law* Os contratos do *Civil Law* abrangem sua forma e aspectos econômicos, entendendo estes últimos não só como dinheiro ou bens, mas utilidades avaliáveis economicamente. A seguir, analisa-se as hipóteses de causa e *consideration*, ou elemento intrinsecamente indispensável quanto à validade das obrigações nos sistemas *Common Law*, considerado por muitos autores a causa final, tendo em vista a onerosidade necessária decorrente da contraprestação imposta. Desde as teorias clássicas, o conceito de *consideration* foi sofrendo alterações, de modo que, tal qual a causa, tem-se entendido que objetiva restringir a autonomia de vontade.

O contorno atual do contrato resulta de uma conjuntura que absorve perspectivas múltiplas de ordenação jurídica – tanto de direito público quanto de direito privado, de direito civil e comercial, leis e jurisprudências, regras do *Civil Law* e do *Common Law*, preceitos cogentes e supletivos. Assim, usando-se dessa compreensão, nota-se o demasiado valor do direito comparado para abranger a análise sobre as diversas noções de contrato nos variados sistemas jurí-

dicos. Sendo assim, é necessário buscar, no *Common Law* inglês e norte-americano, os fundamentos para mudanças essenciais que repercutem na composição mais recente do instituto, tal qual fazer uma comparação com a elaboração do contrato na *Civil Law*, para que sejam observadas as influências de cada família jurídica perante a composição deste.

Conclui-se que 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, e decorre principalmente da ação dos Tribunais Reais de Justiça. Compreendem, além do direito inglês, 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 *common wealth*. Segundo o professor Dário, “Nos países cujos sistemas jurídicos integram a família romano-germânica, em Inglaterra o Direito ocupa um papel nuclear na vida social; o que distingue claramente o sistema jurídico inglês (assim como o norte-americano) de outros” (2014, p. 275). Já o *Civil Law* é uma estrutura jurídica cujas principais fontes de Direito adotadas são a Lei, tendo tendências individualistas e subjetivas, em que há uma generalidade de normas jurídicas que são aplicadas pelos juízes aos casos concretos.

2 ANÁLISE COMPARATIVA

2.1 A *Common Law* norte-americana e os contratos

Nos Estados Unidos, antes da independência, as regras da *Common Law* inglesa revelavam-se pouco apropriadas às condições de vida dos colonos. 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, excluídas 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 do legislador. Foi concebido sob a forma de um direito jurisprudencial. 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, era o princípio julgado que estabelecia que a *Common Law* inglesa seria aplicável às colônias inglesas na América.

Tal princípio foi tido como escasso e não acessível a todos, estendendo-se a uma categoria privilegiada de cidadãos. 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 comercial 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, garantia 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 estabilida-

de para as transações, havendo, nos EUA, até o período da depressão econômica e do *New Deal*, uma vasta categoria de sujeitos menos iguais.

O gozo dos direitos civis (propriedade e contrato) era atribuído principalmente para quem participava da construção do Estado. Apenas em 1868 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”. 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.

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* (explicar o que foi), produzido pelo *American Law Institute* e pela *National Conference of Commissioners 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 e ao *New Institutional 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 utilitarista 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).

O utilitarismo inserto no realismo americano diferia completamente da visão individualista e racionalista dos juristas europeus continentais, que perseguiram o útil geral, por meio 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.

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 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 intermediários entre a sua formação e a conclusão, apresentando pontos de

semelhança com a *continental law*.

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*. 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. Isso representa, no século XIX, uma aproximação com a ideia (própria da *Civil Law*) de que o contrato se aperfeiçoa mediante a aceitação da outra parte.

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, apresentaram-se 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 mereceu maior acolhida nos países do *continental law*.

2.2 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, a 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, 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 formalismo 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.

Posteriormente, ao longo dos séculos XIX e XX, é que se foi pesquisar sobre o assunto, surgindo a decisão mais importante de toda a história do direito das obrigações inglês, alterando o direito dos contratos, redirecionando-o de um sistema baseado no *debt* para um sistema baseado na *assumpsit*.

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. 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, é preciso recordar que o direito inglês não é um direito consuetudinário, mas apresenta caráter jurisprudencial. 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 e um direito processual (*remedies*), com larga preponderância deste.

Na *Common Law*, as estruturas contratuais comuns ao *continental law* revelaram-se 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*. 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, 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 Europeia, 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.

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.

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 frequência 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 e a pluralidade dos Estados nacionais.

Segundo o professor Dário, “Nos países cujos sistemas jurídicos integram a família romano-germânica, em Inglaterra o Direito ocupa um papel nuclear na vida social; o que distingue claramente o sistema jurídico inglês (assim como o norte-americano) de outros” (2014, p. 275).

2.3 A influência do direito dos contratos dos países de *Common Law* sobre a nova feição dos contratos

Os traços delineadores dos contratos, na atualidade global, estendendo 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 tratades 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 e fusão de empresas.

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 acomodadas às custas de supostas 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, *leasing*, *franchising*, *factoring*, *marketing*, *merchandising*, *engineering*, contrato de *shopping center*, uso do *creditcard*, alguns segmentos do mercado de derivativos – chamados *forwards* (ou mercados a termo), *futures* (ou mercados futuros), foram propagados pelo mundo nas suas operações industriais e comerciais internacionais, bem como nas relações entre estas e o mercado financeiro.

Gradualmente, 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 atípicas que possuem em comum algumas cláusulas. Alguns exemplos frequentes são os contratos de licença para o uso de patentes de invenção, modelos e similares, o contrato de *know-how*, o contrato de assistência técnica e o contrato de consultoria. Outro exemplo de derivação dos países de *Common Law* é o caso do *leasing* que, por sua vez, provém, com os contornos atuais, dos Estados Unidos da América da década de cinquenta.

A franquia (*franchising*) também teve origem nos Estados Unidos, no século XVIII. O sistema de franquias, especialmente promissor depois da Segunda Guerra, é hoje adotado em todo o mundo, nas atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços.

O *factoring* (faturização), antes uma prática bancária, revelou-se um elemento de fomento comer-

cial 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 desprende do modelo de empreitada e tem por finalidade a construção e a 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 (*creditcards*), 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 *forfeiting*, 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” jurídica.

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 as 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 contratos.

São vários os indicadores técnicos, sociológicos e jurídicos aptos a patentear essa forma de influência e de indução da *Common Law*. 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. Há um 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 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-fé;

(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*.

(IV) a ampliação do princípio social de proteção da parte mais fraca;

(V) 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 mer-

cado.

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 revisionista, como ocorreu na global do contrato. São estipulações frequentes em matéria de preço, duração, identificação da coisa ou do serviço e de conteúdo do contrato.

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.

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

3 CIVIL LAW E O CONTRATO

3.1 A noção de contrato no *Civil Law*

Segundo Caenegem, “os conceitos e teorias são necessidades intrínsecas ao sistema jurídico romano-germânico, em oposição ao caráter prático e jurisprudencial do *Common Law*” (1995). A existência do direito, para Antonio Menezes Cordeiro, “assenta numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade”, os quais “facultam um conjunto de estruturas que per-

mitem a consistência ideológica do conjunto” (*in* CAENARIS, 1996, p. LXIII-LXIV). Entendido como sistema, isto é, dotado de ordenação e unidade, o direito se apresenta organizado em institutos e princípios que possibilitam sua melhor compreensão e facilitam sua aprendizagem.

O contrato é também um conceito jurídico: uma construção elaborada, “com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa” (ROPPO, 1988, p. 7). Não é outra a conclusão a que se chega ao dizer que o contrato é um instituto jurídico: um “conjunto de princípios e normas que regem uma determinada relação ou situação jurídica” (NORONHA, 2007, p. 12).

Segundo o clássico conceito de Clóvis Bevilacqua, contrato é um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (1934, p. 245). Ou, ainda, conforme Ulpiano, é o “mútuo consentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto” (*apud* MONTEIRO, 2007, p. 4).

Alguns países adeptos ao sistema romano-germânico, como Brasil, em seu Código Civil, optaram por não definir o contrato, acreditando que essa seria uma tarefa da doutrina. Entretanto, há codificações que trazem o conceito de contrato, como faz a italiana, em seu artigo 1.321: “o contrato é o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”.

O contrato é visto como uma espécie de negócio jurídico, ou seja, um ato humano, cujo papel preponderante é a vontade dirigida a um determinado fim. O negócio jurídico seria a expressão máxima do poder que o homem tem de dispor sobre si mesmo, e de, assim, obrigar-se em relação a outra pessoa e ter outro obrigado a si. O contrato pode ser definido como um negócio jurídico bilateral: necessita de manifestações de vontade distintas sobre o mesmo objeto, formalizando-se no momento em que as partes materializam o acordo.

Por outro lado, há quem diga existir o contrato em sentido amplo, compreendido como “todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades” (em oposição, assim, às declarações unilaterais de

vontade, como a promessa de recompensa), e o contrato em sentido estrito, para designar “o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial” (GOMES, 2001, p. 9).

Entendendo o direito como uma criação cultural e em permanente transformação; é fundamental pensar os institutos jurídicos a partir das ideias que orientam a direção política, econômica e cultural da sociedade. Os conceitos jurídicos “refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental” (ROPPO, 1988, p. 7).

O conceito de contrato engloba tanto a operação econômica que lhe é subjacente, como a formalização do ato, muito embora essa formalização nunca seja construída como um fim em si mesmo, “mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior”, funcionando, portanto, o “contrato-conceito jurídico” como instrumento do “contrato-operação econômica” (ROPPO, 1988, p. 9-10). Segundo Betti (1969), há sempre uma causa ou função econômica:

Quem promete, dispõe, renúncia, aceita, não pretende, pura e simplesmente, obrigar-se, despojar-se de um bem, transmiti-lo, adquiri-lo sem outro fim, não procura fazer tudo isso só pelo prazer de praticar um ato que seja fim em si mesmo. Mas procura sempre atingir um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesses que entram em contacto na vida social: obter um valor correspondente, trocar um bem ou serviço por outro, abrir crédito, doar, cumprir uma obrigação precedente, desinteressar-se de uma pretensão, transigir num processo, etc. [...] – uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, um interesse social objectivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder. (BETTI, 1969, p. 334)

A causa é, portanto, “a função econômico-social de todo negócio, considerado despojado de tutela jurídica, na síntese de seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada” (BETTI, 1969, p. 350).

Sendo assim, concluir um contrato significa “realizar uma operação econômica reconhecida e tutelada pelo direito” (ROPPO, 1988, p. 211).

O contrato opera, exclusivamente, na esfera do econômico, isto é, onde há efetiva ou potencial circulação de riqueza, entendida esta não só como dinheiro e outros bens materiais, mas também como todas as utilidades suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam coisas em sentido próprio – “nestes termos, até a promessa de fazer ou não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria” (ROPPO, 1988, p. 13).

É lícito pensar que, enquanto as operações econômicas existem desde tempos muito remotos, o contrato, concebido como instrumento de formalização jurídica, é criação relativamente recente, e, sua regulamentação jurídica mais ainda. A jurisdicionalização dos comportamentos, isto é, sua submissão ao direito, “constitui um processo que evolui conjuntamente com o desenvolvimento da civilização”, denotando-se, por conseguinte, um “*iter* histórico orientado complexivamente no sentido de atrair, de modo cada vez mais completo, as operações econômicas para a órbita e para o domínio do direito, submetendo-as às suas regras vinculativas” (ROPPO, 1988, p. 16).

A existência de um conceito genérico de contrato – qual seja, como instrumento jurídico autônomo, não necessariamente ligado a esta ou àquela operação econômica – surgiu apenas na época de Justiniano (século VI d.C.) (ROPPO, 1988). Hoje, ao mesmo tempo em que esse conceito genérico já está cristalizado, assiste-se à criação de cada vez mais espécies de contratos, criadas em resposta a novos interesses e exigências, o que só faz por comprovar o sucesso do instituto.

Discussão que, em última análise, corrobora que não há pontos absolutamente pacíficos no direito. Isso, por um lado, confirma o brocardo latino *omnis definitio in juris civilis periculosa est: parum est enim, ut non ubverti possit* (toda definição em direito civil é perigosa: poucas são as que não podem ser derrubadas) (NORONHA, 1994, p. 34). Por outro, confirma a regra geral do conteúdo patrimonial dos contratos e o importante papel que eles representam na construção

do direito.

3.2 Causa e *Consideration*

Já não mais subsiste a ideia de que a causa tenha sido o gérmen da doutrina inglesa dedicada ao tema da *consideration*, o que, por outro lado, não torna menos relevante o confronto desses institutos, nem imperceptível os inúmeros pontos de confluência dos conceitos.

A *consideration* é elemento intrinsecamente indispensável à validade das obrigações para os sistemas da *Common Law*, salvo quando se trata de contratos formalizados (“*covenant under seal*”), ou registrados perante a autoridade judicial (“*contracts of record*”), aos quais se aplica a presunção da “*parole evidence rule*”, pela qual aquilo que é expressado pelas partes é eloquente e bastante para dispensar pormenores de natureza intrínseca.

Na visão de alguns autores, a *consideration* seria a causa em sentido econômico, importando sempre uma onerosidade obrigatória que se impõe pela existência da contraprestação. Daí dizer-se que, no direito anglo-saxão, o papel da causa é desempenhado pelo que se chama *consideration*, causa final das obrigações.

Em sentido clássico, a *consideration* emana da ideia de promessa ou de atribuição patrimonial. Consiste sempre em uma vantagem ou compensação para o promitente ou num sacrifício correspondente (perda, limitação, risco, responsabilidade), suportado pelo destinatário. Ademais, a *consideration* deve provir do destinatário da promessa, deve ser provocada por uma promessa ou por um pedido seu.

O surgimento da *consideration* está mais ligado às ações que aos contratos no Direito inglês, no qual nenhuma das ações existentes (*covenant*, *account*, *detinue* e *debt*) servia para exigir o cumprimento de uma promessa firmada nos contratos simples, a menos que existisse uma prévia prestação ou entrega realizada pelo credor. Desta sorte, o destinatário que houvesse fornecido uma *consideration*, ou seja, o demandante que comprovasse que fora cedido ao promitente uma prestação, ou que, a pedido deste, havia sofrido um prejuízo, baseando-se na promessa antes feita, poderia obter a satisfação do contrato.

A *consideration* pode ser de dois tipos: a

executed e a *executory*. Naquele caso, é necessária a demonstração, pelo autor da ação, de que realmente cumpriu sua parte, enquanto que, na *executory*, o autor promete o cumprimento da sua obrigação se a outra assim também o fizer. Trata-se, todavia, de uma ideia tradicional que vem sendo revista, a fim de se ampliar a acepção de *consideration*, não lhe concedendo somente essa visão utilitarista.

Afirma-se, neste sentido, que a *consideration* constituiria-se apenas num meio de distinção entre os negócios onerosos e os gratuitos. A *consideration* teria, por igual, um papel importante não só na formação do contrato como na sua modificação e no seu fim.

De fato, no Direito inglês, jamais se admitiu como sendo uma *consideration* válida uma prestação concedida inteiramente antes de ser feita a promessa. Essa concepção foi alvo de inúmeras críticas, já que, em várias situações, uma promessa posterior ao ato da outra parte pode ser justa, a exemplo de uma promessa de pagamento por serviço prestado que se faz explícita apenas após consumado o serviço, este realizado apenas com base em uma promessa implícita.

Ainda no que respeita a esse processo de revisão do conceito de *consideration*, registra-se que, se antes esta não precisava ser compatível com a prestação à qual fazia frente, hoje enfrenta um juízo que resguarda, por exemplo, a pessoa que houvesse feito um mal negócio e que alegasse que a *consideration* foi desproporcional ao negócio feito, o que se aproxima da noção pátria de revisão do contrato por onerosidade excessiva. Outro fator que tem sido revisto é o que determinava que a *consideration* deveria ter um valor real, ou seja, suficiente, juridicamente relevante.

Não teria valor, por exemplo, como *consideration* a promessa feita para cumprir uma obrigação como testemunhar em favor de uma pessoa. Hoje, distinguem-se os casos em que a promessa feita já constituiria uma obrigação e quando simplesmente constitui obrigação resultante de uma promessa anterior ou em relação a terceiros.

Nessas situações, alterações vêm sendo admitidas sob o argumento de que não haveria objeção de ordem pública. A guisa de exemplo, considerou-se, no caso *Stottv. Merit Investment Corp.* 1988, que havia um acordo implícito, segundo o qual a empre-

sa Corretora abster-se-ia de acionar seu empregado desde que este pagasse àquela os danos suportados por conta de erro profissional. Neste Caso, a Corte de Apelação de Ontário entendeu haver um pacto cuja *consideration*, por parte da empresa, era exatamente essa promessa de se manter em inércia.

Conclui-se que *consideration*, tal qual a causa, nasceu com a finalidade de limitar autonomia da vontade, muito embora sejam institutos de raízes distintas. Especialmente a noção de *consideration* é produto de uma reflexão sobre um sistema até então essencialmente comercial e formalista, característicos do Direito Medieval e que, modernamente, teve seu conteúdo dilatado pela demanda de situações em que se impõe a flexibilização do dogma da vontade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando o papel jurídico das famílias do *Common Law* e *Civil Law* na formação do instituto dos contratos, nota-se que, em relação aos elementos de Causa e *Consideration*, há proximidade, mas não identidade. E os fundamentos do caráter vinculante dos contratos não se fazem claros em nenhum dos dois sistemas.

É possível compreender que tanto a causa quanto a *consideration* surgiram com a finalidade de limitar a teoria da autonomia da vontade, que possibilitava atribuir um valor legal à simples coincidência da vontade das partes. Entretanto, como citado neste presente trabalho, a partir de uma análise histórica dos contratos nos sistemas jurídicos do *Common* e *Civil Law*, mesmo as razões do aparecimento desses conceitos terem sido as mesmas, as formas pelas quais surgiram foram diversas.

A noção de *consideration* foi um produto da reflexão de juristas de um sistema de Direito essencialmente comercial, preocupados em escapar do Direito medieval formalista e de ampliar seu direito dos contratos. Não foi a causa que deu origem à *consideration*. A teoria da causa deu-se no Direito Material, já a ideia de *consideration* surgiu do Direito Processual, sendo uma mais ampla que a outra. Assim sendo, são semelhantes apenas no que tange ao vínculo obrigacional dos contratos em ambos os sistemas jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. II.

BEVILAQUIA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

CAENEGEN, R C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Tradução e introdução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1996.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed., atual. Por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

MOURA, Dário. **Direito Comparado: sistemas jurídicos em geral**. 3ª edição, 2014. v. 1.