

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 10

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2012

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 10 Janeiro/Junho de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Editores: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 10 (Janeiro/Junho de 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2013.

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS/ RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

COMMON LAW E CONTRACT LAW: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO CONTRATUAL NORTE-AMERICANO¹

COMMON LAW AND CONTRACT LAW: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONTRACT LAW

Luciano Benetti Timm

Resumo: O presente artigo trata da teoria geral do Direito Contratual Norte-Americano. Traz a definição de contrato, seus elementos, seus princípios gerais, a sua formação e a sua extinção, em uma perspectiva comparativa com o Direito Brasileiro. O objetivo é poder ter um parâmetro de comparação para a evolução do Direito Contratual Brasileiro, tendo como uma das principais referências do Direito Ocidental do século XXI o Direito Contratual Norte-Americano.

Palavras-chave: Common Law. Direito Contratual Norte-Americano. Princípios gerais.

Abstract: The paper explains the main principles and rules of the American Contract Law as a mean to offer a model of comparison

1 Resultado parcial da pesquisa de pós-doutoramento na Universidade de Berkeley, em 2007, financiada com bolsa da Universidade Luterana do Brasil e com pequena contribuição do Centro de Direito, Negócios e Economia da Faculdade de Direito da U. C. Berkeley. O autor agradece ao Professor Robert Cooter, da U. C. Berkeley, pela supervisão, e aos Professores Melvin Eisenberg e Gillian Lester, professores de Contratos na Universidade de Berkeley, pela gentileza de permitir frequentar seus cursos de Contratos no ano de 2007, em Berkeley.

for the new evolutions of Brazilian Contract Law. Attention is drawn to the concept, the elements, the general principles, the formation and the termination of the contract.

Palavras-chave: Common Law — Direito Contratual Norte-Americano — princípios gerais.

Key words: Common Law. American Contract Law. General principles.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teorias e concepções do contrato. 2. Requisitos de formação do contrato. 3. Nulidades e ineficácias do contrato. 4. Inadimplemento contratual. 5. Remédios por inadimplemento.

Introdução

Normalmente, o Direito Contratual Comparado realizado pela doutrina jurídica brasileira tem com base o Direito Europeu Continental (a chamada família jurídica romano-germânica ou do Civil Law)². Se pegarmos os principais manuais e tratados de Direito Contratual Brasileiro, raras são as referências ao Direito Norte-Americano (integrante da família do Common Law)³. As razões para isso, normalmen-

2 Estudo inédito com base no *currículo lattes* dos professores de Pós-Graduação em Direito no Brasil mostra preferência dos acadêmicos por estudos de mestrado e doutorado no exterior, na França, na Itália e na Alemanha (ENGELMANN, Fabiano. *Estudos no exterior e mediação de modelos institucionais: O caso dos juristas brasileiros*. [S. n. t.]: 2007 – Inédito). No entanto, no âmbito profissional dos mestrados profissionalizantes — Master of Laws (LLM) —, a preferência deve recair certamente sobre os Estados Unidos.

3 Exemplificativamente, ver RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; GOMES, Orlando. *Contratos*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986; DINIZ, Maria Helena. *Trato teórico e prático dos contratos*, v. 3, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantís*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004; e Teixeira de Freitas, com sua *Consolidação das Leis Civis* no Brasil Imperial do século XIX (Rio de Janeiro: Garnier, 1896). O Professor Clóvis do Couto e Silva, que foi Coordenador do Pro-

te, são explicadas por uma questão histórica — por herança colonial portuguesa, originamos da e integramos a família jurídica romano-germânica, o que nos trouxe um Código Civil e leis específicas que regulam a matéria contratual⁴. Ao passo que, no Common Law, principalmente no Direito Contratual, a norma jurídica derivaria da jurisprudência dos tribunais⁵. Por esse motivo, o Direito Contratual Norte-Americano não serviria para a compreensão do Direito Contratual Brasileiro.

No entanto, se considerarmos que um sistema econômico capitalista e uma sociedade democrática giram em torno de instituições jurídicas elementares e estruturantes, tanto do mercado como do regime político, seremos forçados a concluir que os problemas humanos típicos desse modelo de organização social tendem a se repetir em diferentes países e que as respostas encontradas não são tão diferentes quanto imaginadas. Portanto, ainda que com nomes diversos (e aplicados por procedimentos diferentes), um sistema de mercado girará em torno de regras sobre contratos, responsabilidade civil, propriedade, herança, posse. Assim como um regime democrático disciplinará os direitos fundamentais dos indivíduos, o direito a voto, o direito administrativo, etc.⁶

Além disso, a rígida separação entre Common Law e Civil Law

grama de Pós-Graduação da UFRGS, chegou, em seus estudos comparativos, a citar juristas norte-americanos, mas, certamente, a dogmática alemã domina a sua obra fundamental *Obrigação como processo* (COUTO E SILVA, Clóvis do. São Paulo: Bushatsky, 1976).

4 Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; e COUTO E SILVA, Clóvis do. *O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. Revista da Ajuris, nº 40, 1980, p. 130.

5 A respeito, ver DAVID, R. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1995; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000; e HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

6 Para um aprofundamento, ver MACHADO, Rafael Bicca e TIMM, Luciano Benetti. *Direito, mercado e função social*. Revista da Ajuris, v.103, 2006, pp.197-210

não corresponde bem à realidade de um mundo globalizado. O que não faltam nos Estados Unidos são leis disciplinando matérias jurídicas como o Direito Societário, o Direito de Falências e, inclusive, o Direito Contratual — como o Código Comercial Uniforme ou Uniform Commercial Code (UCC), que trata do contrato comercial de compra e venda e o de *leasing*, bem como dos respectivos instrumentos de garantia —, além da Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, ratificada pelos Estados Unidos, e o *soft law* dos Restatements de Contratos e dos Princípios, do Instituto Americano de Direito — American Law Institute (UNIDROIT). Ao mesmo tempo, no Brasil (como em todo o mundo do Civil Law), crescem em importância as decisões dos tribunais (uma necessidade prática de administração da Justiça, diante da evidente maior eficiência do Common Law, que tem precedentes vinculantes).

Portanto, existem leis norte-americanas que podem servir de modelo ao Brasil, porque foram criadas para atender a um mercado mais complexo e diversificado que o brasileiro⁷. Mas não só as leis podem e devem servir de paradigma de comparação para os juristas brasileiros, mas, sobretudo, as decisões judiciais norte-americanas podem ser estudadas, por refletirem o Direito em ação (*Law in action*) em contraposição ao *Law on the books*⁸. Aliás, essa barreira cultural ao Direito Norte-Americano já foi quebrada no Direito Constitucional na Constituição Federal de 1891, bem como na legislação societária (Lei nº 6.404, de 1976), na legislação antitruste (Lei nº 8.884,

7 Com efeito, de modo geral, regras jurídicas são copiadas, porque são consideradas eficientes, adequadas e testadas, constituindo-se, conseqüentemente, em um modelo a ser seguido, na intenção de se obterem os mesmos resultados alcançados pelo país que as originou. Para uma discussão mais aprofundada, ver WATSON, A. *Society and change*. Edimburgh: Scottish Academic Press, 1977.

8 Para aprofundamento da discussão *Law in action* and *Law on the books*, ver p. 8 de TIMM, Luciano Benetti; COOTER, Robert D; e SCHAEFER, B. *O problema da desconfiança recíproca*. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, v. 1, 2006, publicação eletrônica de Berkeley Electronic Press em <http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>. Acesso em 15 de novembro de 2007.

de 1994⁹⁾, para citar alguns exemplos. Mas faltam estudos sobre a compatibilidade do Direito Contratual Norte-Americano para o sistema jurídico privado brasileiro.

O objetivo deste artigo, desse modo, é fazer uma introdução comparativa entre o Direito Norte-Americano e o Direito Contratual Brasileiro. Este estudo preliminar (a ser complementado por pesquisas mais detalhadas entre institutos do Direito Contratual *a posteriori*) pode recomendar alterações em nosso ordenamento, se concluirmos que, nos Estados Unidos, o Direito Contratual funciona melhor. A ideia, portanto, é lançar as bases para um novo Direito Contratual Brasileiro menos dogmático e mais “responsivo”¹⁰ às necessidades de uma sociedade estruturada em regime de mercado, tendo como eixo comparativo o Direito Norte-Americano. E, além disso, aproveitar a comparação para buscar paradigmas de criação e interpretação de normas jurídicas hoje em vigor no Brasil atinentes à regulação dos contratos a partir do modelo do Common Law¹¹.

E a razão para essa preocupação comparativa (além da relevância intelectual, já que as universidades norte-americanas predominam no cenário acadêmico internacional, sendo o Direito uma das últimas resistências continentais ao domínio anglo-americano em quase todas as áreas) é, sobretudo, econômica e política. Os contratos são a roupagem jurídica de uma operação econômica¹². Portanto, quanto mais complexo o sistema de mercado, presume-se que mais desenvolvido será o seu Direito Contratual. Por isso, é relativamente

9 O autor esclarece que, na elaboração inicial do presente trabalho, ainda estava integralmente em vigor a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Posteriormente, na revisão final do presente trabalho, a maioria dos dispositivos da Lei nº 8.884/94 foi revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Assim sendo, a atual legislação brasileira antitruste é a Lei nº 12.529/2011.

10 Expressão cunhada por Cooter, para indicar a funcionalidade econômica do Direito (COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston: Addison Wesley, 2003).

11 Esse diálogo entre Common Law norte-americano e Civil Law brasileiro no âmbito da Teoria Geral dos Contratos foi inaugurado pela obra do Professor Ronaldo Macedo (*Contratos relacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1999).

12 A respeito, ver ROPPO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 10-11.

natural que o Direito Norte-Americano seja um bom paradigma comparativo para o Brasil.

Isso não é novidade. Foi durante a expansão comercial romana que o Direito Romano se expandiu; foi durante o crescimento comercial das cidades italianas medievais que o Direito Mercantil ganhou fôlego; foram o poderio econômico francês e o alemão que fizeram do seu Direito Privado o melhor dos séculos XVIII e XIX. Mas o século XX foi o da economia norte-americana. Portanto, certamente foi esse o sistema que mais demandou operacionalidade do Direito Contratual.

Mais que isso. A globalização do século XXI carrega consigo o Direito Norte-Americano. Com efeito, hoje, o Direito Comercial Internacional, a *lex mercatoria* (e os contratos comerciais por implicação), é feita essencialmente pelas empresas transnacionais (boa parte delas “sediadas” nos Estados Unidos) e por seus enormes escritórios internacionais, igualmente sediados nos Estados Unidos¹³. Quando não são escritórios norte-americanos que tratam dos grandes contratos internacionais e das arbitragens, são os ingleses, que hoje invadiram a Europa e parte da Ásia. É uma disputa de *paradigmas* diriam uns (com base em Kuhn¹⁴), de *discursos e ideologias*, diriam outros (com base em Laclau¹⁵), de *modelos*. Mas a nomenclatura é menos importante do que o fenômeno que ela descreve, que é indubitavelmente

13 Sobre o tema, ver DICKEN, Peter. *Global Shift: Industrial change in a turbulent world*. London: Harper and Row, 1986; DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. *The confrontation between the big five and big law: turf battles and ethical debates as contests for professional credibility*. In Law and Social Inquiry, vol. 29, 2004, p. 615; DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. *Merchants of law as moral entrepreneurs: constructing international justice from the competition for transnational business disputes*. In Law and Social Inquiry, vol. 29, 1995, p. 27; DEZALAY, Yves et al. *Global restructuring and the law: studies of the internationalization of legal fields and the creation of transnational arenas*. In Case Western Reserve Law Review, vol. 44, 1994, p. 407; FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000; em perspectiva um pouco diversa, TEUBNER, G. *A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional*. Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas, v. 14, nº 33. 2003, v. 14, p. 9.

14 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1982. Versa sobre a quebra de paradigmas jurídicos na doutrina nacional.

15 LACLAU, Ernesto. *New reflections on the revolution of our time*. Londres: Verso, 1990.

de uma progressiva ocupação de espaço na área jurídica do modelo norte-americano¹⁶.

Politicamente, também o Direito Norte-Americano vem ganhando força em tratados e convenções, como a Convenção Sobre Contratos Comerciais Internacionais de 1994, elaborada durante a Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP V do México) da Organização dos Estados Americanos.

Dito isso, o artigo é composto de cinco partes, além desta Introdução. O item 1 enfoca a teoria e as concepções do contrato em perspectiva comparativa. O item 2 trata dos requisitos de formação do contrato. O item 3 aborda as nulidades no contrato. O item 4 dedica-se ao inadimplemento contratual, e o item 5, aos remédios em caso de extinção do contrato.

1. Teorias e concepções do contrato

Como característica geral, podemos afirmar que existe uma diferença cultural grande entre os juristas brasileiros e os norte-americanos. Estes últimos são mais avessos a grandes teorias, ainda mais em matéria contratual. Claro que existem razões históricas para isso, já que o Common Law foi um sistema que evoluiu as Cortes Reais inglesas, enquanto o Civil Law proveio das universidades italianas do século XII, a partir da “redescoberta” do Corpus Iuris Civilis.

O sistema universitário norte-americano de Direito ainda é baseado no método socrático, no qual o professor “interroga” os alunos sobre casos pretéritos julgados e busca extrair a regra para os fatos

16 Note-se que o Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDES) tem bastante influência do modelo jurídico de ensino norte-americano. O Professor Bong Choi, da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Seul (Coreia do Sul), informou-me, durante minha estadia em Berkeley, 2007, que o sistema coreano de ensino jurídico está também adotando a metodologia de ensino norte-americana e colocando o Direito como Pós-Graduação e não mais como um curso de graduação como é no Brasil.

estabelecidos pela Corte¹⁷. Curiosamente, pode-se assistir a um curso de um semestre de contratos sem ouvir uma única sequer definição do que seja um contrato. O Direito é um curso de pós-graduação (sendo exigido, para o ingresso na Faculdade de Direito, pelo menos quatro anos prévios de estudo de graduação). Não há ainda bem estruturados cursos de doutorado nas Faculdades de Direito, como há já na Europa, e os norte-americanos não costumam fazer Doutorado em Direito para ensinar. O mercado dos escritórios de advocacia seleciona seus futuros associados com base, normalmente, no desempenho acadêmico (notas, participação em corpo editorial das revistas, etc.). Isso tudo reforça o pragmatismo do ensino jurídico, sem muito espaço para divagações teóricas.

A desconfiança dos juristas norte-americanos quanto às grandes teorias aparece nas obras de contratos, como exemplifica a seguinte passagem de Calamari e Perillo (um dos principais tratados sobre o tema): “Nenhuma definição inteiramente satisfatória do termo ‘contrato’ foi jamais construída”¹⁸.

Nenhuma frase de abertura de um tratado como essa pode ser encontrada entre os mais conhecidos tratadistas brasileiros. Muito antes pelo contrário, os grandes juristas brasileiros cultuam a boa dogmática jurídica de origem alemã, francesa, italiana ou mesmo portuguesa ou espanhola, para aqueles que não têm acesso àquelas línguas que constituem o “núcleo duro” da cultura jurídica continental.

Feita essa importante ressalva cultural, a doutrina jurídica norte-americana consolidada no Segundo Restatement de Contratos — o Restatement é uma obra de caráter doutrinário não vinculante, elabo-

17 Para uma breve descrição dessa metodologia, ver GORDON, Robert. *A educação em Direito nos Estados Unidos: origens e desenvolvimento*. “<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0802/ijdp/id080202.htm>”. Acesso em 1º de novembro de 2007.

18 CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 1.

rado pelo Instituto Americano de Direito (American Law Institute), com o objetivo de sistematizar os precedentes judiciais; mas é altamente persuasivo e frequentemente citado pelas Cortes — consegue chegar a uma definição de contrato como “[...] a promessa ou o conjunto de promessas cujo descumprimento o Direito oferece um remédio ou cuja observação o Direito de alguma forma reconhece como um dever” (parágrafo 1º).

Já a doutrina brasileira define o contrato como o acordo de vontades, ou o acordo para criar, transmitir e extinguir obrigações. Portanto, aparentemente, há certa conformação genérica do instituto do contrato entre a doutrina jurídica doméstica e a norte-americana.

Igualmente, na concepção dos elementos que integram a estrutura de um contrato (partes, vontade e objeto), há mais fatores em comum do que divergências. No Direito Brasileiro como no Direito Norte-Americano, só é possível se falar em contrato, quando uma pessoa fez uma promessa a outra, ou seja, obrigou-se, perante outra, a fazer alguma coisa (*promise*) ou a dar alguma coisa (*performance*).

Mas existe uma diferença quase histórica e menos pragmática, que é a exigência do elemento da *consideration* no sistema de Common Law. Ela deriva da visão anglo-americana de que o contrato é uma operação de barganha, de troca de bens e serviços que ocorre no mercado. Essa operação econômica, essa barganha no Common Law, exigirá, além de partes capazes, um objeto lícito e a forma prevista em lei, a mutualidade de obrigações materializada em uma *consideration* (contraprestação ou mesmo preço). Portanto, no Common Law, doação não é contrato, como acontece no Brasil.

A bem da verdade, como dito, a *consideration* hoje tem quase importância histórica, por tantas exceções que foram desenvolvidas pela jurisprudência para resolver problemas gerados com sua inconveniente permanência na doutrina contratual dos Estados Unidos (uma das exceções é o *promisory stoppel*, em que, por questões de equidade, a parte que, de boa fé, confiou na promessa de outrem, fazendo uma mudança de posição jurídica ou econômica, poderá encontrar um remédio na Corte para proteger-se, conforme Restate-

ment, Second, parágrafo 90). É um conceito semelhante ao de causa no Civil Law, ideia da qual vários códigos civis já se livraram, por trazer semelhante obscuridade ao da *consideration*¹⁹.

O contrato, entre os tratadistas norte-americanos, é percebido como instrumento a serviço do funcionamento do mercado e de dispersão do poder decisório e, portanto, de democratização no seio da sociedade, já que são os indivíduos, em suas interações de mercado, que passam a definir o que produzir e consumir e de modo mais eficiente (fato não admitido pelos principais tratadistas brasileiros explicitamente e, provavelmente, mesmo não aceito subjetivamente pela grande maioria deles)²⁰. Veja-se o comentário de Farnsworth a respeito:

Troca é a pedra de toque de qualquer sistema econômico que repousa sobre a livre iniciativa como o nosso faz. Esse sistema aloca os recursos largamente p elas trocas bilaterais arranjadas de acordo com as barganhas entre indivíduos²¹.

Naturalmente, essa perspectiva funcional-econômica não é a única visão do contrato no meio acadêmico norte-americano, mas é a que acabou dando subsídios, ainda que subliminarmente, ao Restatement e também a que está subjacente aos *leading cases* (sabidamente com força vinculante)²².

19 Para uma comparação entre causa e *consideration*, ver GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991; GORDLEY, James. *The myths of the French Civil Code*. *The American Journal of Comparative Law*, v. XLII, nº 3, 1994, p. 459; GORDLEY, James. *Contract Law in the Aristotelian tradition*. In: BENSON, Peter (Org.). *The theory of Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 265 e segs.; GORDLEY, James. *The moral foundations of Private Law*. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 47, 2002, p. 1; GORDLEY, James. *Foundations of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 289 e segs.

20 Ver CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987; e TREBILCOCK, Michael J. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

21 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 5.

22 Para um aprofundamento sobre o Direito Privado Norte-Americano e sua conformação às exigências do capitalismo, ver HORWITZ, Morton. *The transformation of American Law*. Cam-

Isso talvez explique por que tenha sido a análise econômica do Direito que prevaleceu segundo o diagnóstico do próprio Farnsworth (e de tantos acadêmicos, como Posner²³): “[...] de longe a mais disseminada influência ao direito contratual vem do campo da economia [...]”²⁴. É curioso até como o próprio crítico do modelo “dominante” de pensamento, Unger²⁵, já na década de 80 do século passado, reconhecia a preponderância — hoje ainda mais visível — do *Law and Economics* sobre as escolas “rivais” nos Estados Unidos, pelo menos no âmbito do Direito Privado.

Visões críticas como a de Unger²⁶ e Kennedy²⁷ (Critical Legal Studies), a sociológico-relacional de Macneil²⁸ e mesmo a visão histórica de Atiyah²⁹ e Gilmore³⁰ e a filosófico-moral de Fried³¹ não tiveram o mesmo impacto acadêmico e muito menos nos julgados.

Já no Brasil, a crítica ao Direito Privado tem sido mais bem-sucedida tanto na academia, normalmente feito pela via da chamada

bridge: Harvard University Press, 1977; e, igualmente, FRIEDMAN, Laurance. *A history of American Law*, 3ª ed. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2002; e HURST, J. *Law and Economic Growth. The legal history of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915*. Madison: University of Wisconsin Press, 1984.

23 POSNER, Richard. Economic analysis of Contract Law after three decades: success or failure. *Yale Law Journal*, v. 112, 2003, p. 829.

24 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 31.

25 UNGER, Roberto. The critical legal studies movement. *Harvard Law Review*, v. 96, 1983, p. 563.

26 Idem.

27 KENNEDY, Duncan. Form and substance in Private Law adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, 1980, p. 1.685.

28 MACNEIL, Ian. Reflections on relational Contract theory after neo-classical seminar. In: CAMPBELL et al. *Implicit dimensions of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 207-218.

29 ATIYAH, P. *The rise and fall of the freedom of the contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

30 GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

31 FRIED, Charles. *Contract as promise*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

“constitucionalização do Direito Privado”³², especialmente com a formação e a estruturação dos Cursos de Pós-Graduação em Direito no País³³, como, em menor escala, também na prática dos julgados.

No que tange à principiologia dos contratos, o Direito Contratual Norte-Americano é lastreado ainda no princípio da liberdade contratual (*freedom of contract*), na sua visão clássica do *pacta sunt servanda*, sendo grande a resistência dos tribunais em interferir no contrato barganhado entre as partes³⁴. Não há, como no Brasil, a restrição da chamada “função social do contrato”, presente no artigo 421 do Código Civil (CC), sobre a autonomia privada.

Portanto, a chance de um juiz norte-americano revisar um contrato ou anular alguma cláusula contratual por violação da ordem pública ou por uma cláusula abusiva inserta em um contrato de adesão, como se verá, é muito menor do que no Brasil, onde muitos tribunais e juízes não têm hesitado em revisar contratos tidos subjetivamente como injustos³⁵. Desse modo, a doutrina dos contratos de adesão, embora reconhecida nos Estados Unidos³⁶, é praticamente inaplicável nas Cortes, com raras exceções que serão examinadas neste artigo.

32 Para tanto, ver, dentre outros, FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

33 Sobre o tema, ver ENGELMANN, Fabiano. *Sociologia do campo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

34 Ver CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 5.

35 Ver, sobre o tema, PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia no mundo globalizado: cooperação ou confronto?* In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson/IOB, 2005. A grande obra de referência sobre critérios dogmáticos de revisão dos contratos é *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor* (SILVA, Luis Renato Ferreira da. Rio de Janeiro: Forense, 2001).

36 No Direito Norte-Americano, é clássico o artigo *Contracts of Adhesion* (KESSLER. *Columbia Law Review*, v. 43, 1943, p. 629). Também é bastante citado o artigo *The interpretation and construction of contracts* (PATTERSON, Edwin. *Columbia Law Review*, v. 64, 1964, p. 833). No Brasil, ver, por todos, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Como no Brasil (artigo 425 do Código Civil), mas, certamente, em muito maior grau, existe o princípio da atipicidade nos Estados Unidos, e as partes têm liberdade quase absoluta na estruturação de seu negócio, prevalecendo a ideia de que o Direito Contratual do Common Law é absolutamente supletivo à vontade das partes (*default rule*), sem princípios estruturantes que possam se sobrepor à autonomia das partes — com raríssimas exceções, como se verá. Isso dá muito mais flexibilidade ao Direito Contratual Norte-Americano e muito mais possibilidade criativa aos advogados — sem falar que existem poucos litígios referentes a contratos, sendo o acordo (*settlement*) frequente³⁷.

Outro princípio presente em ambos sistemas legais é o princípio da boa-fé. A boa-fé, no Direito Brasileiro, determina deveres contratuais implícitos de lealdade, de transparência, de cooperação (artigo 422 do Código Civil) e restringe o exercício de direitos subjetivos (artigo 187 do Código Civil)³⁸.

Nos Estados Unidos, ele não deriva propriamente da tradição do Common Law, mas da legislação, ou seja, do UCC, parágrafo 1^o-304, combinado com parágrafo 1^o-201(20)³⁹. No entanto, é muito menos claro para a doutrina jurídica daquele país o seu conteúdo e sua implicação prática⁴⁰. Mais resistentes ainda são as suas Cortes na apli-

37 MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

38 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópico no processo obrigacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

39 “Boa fé (*Good faith*) significa honestidade de fato e a observância de *standards* razoáveis comerciais de agir e negociar corretamente”.

40 Segundo Murphy, os casos relacionados à boa-fé podem ser categorizados em quatro tipos: (a) falha na cooperação com a outra parte; (b) exercício de direitos contratuais; (c) alterações contratuais; (d) extinção do contrato (MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, p. 658). Portanto, apesar da aparente similitude tipológica com a boa-fé objetiva brasileira, o resultado nas Cortes é diverso. Ainda segundo Murphy, não há boa-fé objetiva na fase das tratativas. Além do mais, esse princípio não é normalmente usado para criar deveres contratuais, mas, ao contrário, ele se aplica à interpretação do juiz sobre o exercício das partes sobre obrigações criadas no contrato. E não há a aceitação de um dever

cação de tal princípio. A casuística dos tribunais certamente é diferente, pois os juízes norte-americanos são mais reticentes em aceitar deveres de cooperação com a outra parte (especialmente em contratos que opõem os interesses das partes como uma compra e venda).

A resistência a uma maior amplitude da boa-fé objetiva fica patente no voto do hoje Juiz Posner:

A particular confusão que a visão moralista vaga da boa-fé gera é a crença de que todo contrato estabelece um dever fiduciário (de agir em favor dos interesses do outro contratante). [...] O ofício da regra da doutrina da boa-fé é o de proibir aquele tipo de comportamento oportunista que uma relação cooperativa e mutuamente interdependente pode ensejar... [...] O dever de boa-fé, portanto, não é uma faceta do Estado Social paternalista ou a sedimentação de uma vertente altruísta no direito contratual...⁴¹.

Não deve ser ignorado também um princípio subliminar que perpassa a jurisprudência dos contratos, que é o da razoabilidade (*standard of reasonable person*), que, no Brasil, tomaria o nome de proporcionalidade ou mesmo de razoabilidade⁴².

Já a função social do contrato, se tivesse que ter alguma, seria a de instrumentalizar, como dito, o funcionamento do mercado. No

de cooperação com a outra parte para atingir o “programa contratual” (MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, pp. 667-668). Ao contrário, buscar rever os termos do acordo original (*forgone opportunity*) é que fere a boa-fé objetiva. Os artigos normalmente citados sobre o tema são: *Breach of contract and the common law duty to perform in good faith* (BURTON, Steven. *Harvard Law Review*, v. 94, 1980, p. 369), *Good faith performance of a contract within Article 2 of the Uniform Commercial Code* (BURTON, Steven. *Iowa Law Review*, v. 67, 1981, p. 67) e *The general duty of good faith — its recognition and conceptualization* (SUMMERS, Robert. *Cornell Law Review*, v. 67, 1981, p. 810). E, para uma crítica, *Of Textualism, party autonomy, and good faith* (VAN ALSTINE, Michael P. *William & Mary Law Review*, v. 40, 1999, p. 1.223).

41 *Market Street Associates Limited Partnership versus Frey*, Corte de Apelações Federal dos Estados Unidos da 7ª. Região (Seventh Circuit), 941 F. 2nd 588.

42 Segundo CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 2: “O direito (contratual) não protege qualquer expectativa, mas somente aquelas razoáveis”.

voto do Juiz Posner, já citado acima, ficou dito: “É verdade que uma função essencial dos contratos é alocar riscos (das partes) e que ela seria enfraquecida se as cortes alterassem a barganha inicial para redistribuir (ou realocar) os riscos entre as partes”. Além, naturalmente, de o contrato dar vazão a uma liberdade humana fundamental⁴³.

Nesse ponto, o Código Civil de 1916 estava muito próximo dessa principiologia norte-americana, mas o Direito Contratual Brasileiro começou a ser retalhado em fatias a partir do século XX (Direito do Trabalho, Direito do Inquilinato, Direito do Consumidor), ao ponto de o Código ficar tão desfigurado que deu origem à expressão “descodificação”⁴⁴. Tudo isso para chegar no século XXI com princípios e com uma interpretação impensável dentro do modelo contratual norte-americano.

Em conclusão, é possível perceber que, conceitualmente, o conceito e os elementos de contrato são semelhantes no Brasil e nos Estados Unidos, mas o Código Civil de 2003 afastou-se, na sua principiologia, do Direito Contratual Norte-Americano. Nessa esteira, se a análise dos contratos hoje no Brasil recebeu fortes doses de critérios publicistas, que deram aos juízes brasileiros uma maior discricionariedade de revisar e alterar cláusulas contratuais, nos Estados Unidos os juízes têm seu poder limitado por doutrinas criadas pelos próprios tribunais, de baixa margem de intervenção nos pactos (*pacta sunt servanda*).

43 Corbin (CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001) esclarece: “Apesar da longa tradição que a justiça é eterna e absoluta, essa tradição sempre esteve equivocada. *Fiat justitia ruat coelum* é uma frase impressionante porque feita em latim e portanto incompreensível. Quando o céu começa a cair, a justiça desvenda os olhos e pondera o peso da balança”. Para um maior aprofundamento, ver TIMM, Luciano Benetti. *Direito, Economia e função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 33, 2006b, p.15; e MACHADO, Rafael Bicca e TIMM, Luciano Benetti. *Direito, mercado e função social*. Revista da Ajuris, v. 103, 2006, pp. 197-210.

44 Ver TIMM, Luciano Benetti. *Descodificação, constitucionalização e descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil?* Revista de Direito Privado, v. 27, 2006a, p. 223.

Essa é, certamente, uma forte razão para a expansão do Direito Contratual Norte-Americano pelo mundo globalizado. As partes vêem nesse sistema a garantia de que suas negociações e alocações de risco em situações de conflitos de leis e de competência entre os tribunais não serão alteradas pelas Cortes⁴⁵. Isso é um indicativo de que devemos pensar em “reprivatizar” nosso Direito Contratual, se ainda pensamos em um sistema de mercado.

2. Requisitos de formação do contrato

No Direito Contratual Norte-Americano, também o contrato se forma, em regra, sem formalidades escritas, podendo ser concretizado verbalmente ou, excepcionalmente, até por comportamentos (com uma das principais exceções constantes na Lei das Fraudes, *Statute of Frauds*)⁴⁶.

Igualmente como no Brasil, o contrato é formado pelo encontro de vontades (*meeting of the minds*), ou seja, quando um destinatário de uma oferta aceita a proposta de um peticitante (*offer and acceptance*)⁴⁷.

E, como no Brasil, a teoria da declaração de vontade é objetiva

45 MURPHY, E. et al. *Studies in Contract Law*, 5ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

46 Não comentaremos aqui a regra da *parole evidence rule*, que é uma regra processual que protege o acordo escrito das partes contra a discricionariedade das Cortes. Segundo essa regra, que admite algumas flexibilizações no Case Law, um instrumento escrito que represente um acordo final e completo das partes deve ser interpretado apenas dentro da prova documental (dentro das *four corners* do contrato) e, portanto, sem o auxílio construtivo de eventuais testemunhas que poderiam distorcer a certeza do instrumento. Também existe um guia mais claro na interpretação dos contratos pelas Cortes de Justiça. Para uma abordagem tradicional dessas regras processuais e interpretativas, ver CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 487.

47 Sobre o tema, ver CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 37; FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 107; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 22 e segs.

e não subjetiva (artigos 110 e seguintes do Código Civil), ou seja, o que importa é a vontade tal como manifestada ou declarada à outra parte e não a vontade subjetiva, interna e não perceptível pela outra parte (também tomada dentro de um padrão de razoabilidade).

Para tanto, basta que se veja o precedente *Embry versus Hargadine, McKittrick Dry Goods Co*⁴⁸, no qual a Corte de Apelação de St. Louis admitiu a possibilidade de renovação de um contrato de trabalho verbalmente, tendo como critério o razoavelmente compreendido de um diálogo por uma pessoa média, nas circunstâncias do caso (no processo, o empregado, que entendeu que tinha recebido promoção; a Corte não aceitou a argumentação do empregador de que sua intenção era diversa daquela percebida razoavelmente pelo empregado diante das circunstâncias concretas do caso).

Porque a vontade que importa é a manifestada e exteriorizada à outra parte, não há admissão de reserva mental no Direito Norte-Americano (como também proibido no Direito Brasileiro, artigo 111 do Código Civil), como se depreende, por exemplo, do julgamento do caso *Field-Martin Company versus Fruen Milling Company*⁴⁹. Nesse caso, a Corte deixa claro que o teste para saber se o contrato foi ou não formado verbalmente pelas partes não é feito com base na intenção psicológica ou interna das partes, mas, sim, no resultado de sua ação e no sentido de suas palavras tomado objetivamente, pelo senso comum. Como disse a Corte de Nova Iorque:

A intenção das partes deve necessariamente resultar da consideração de suas palavras, escritas ou orais, e de suas ações [...] esperanças secretas e desejos não servem para nada (*Hotchkiss versus City Bank of New York*).⁵⁰

⁴⁸ 127 Mo. App. 383, 105 S. W. 777.

⁴⁹ 210 Minn. 388, 298 N. W. 574, 575 (1941).

⁵⁰ 200 Fed. 287, 293 (S. D. N. Y. 1911).

Ou, ainda, como dito por outro magistrado, não há necessidade de as Cortes investigarem com “raio x” o crânio das partes para saber qual a sua real intenção. Não tem validade a reserva de assinar um contrato com os dedos cruzados, querendo não fazê-lo⁵¹.

Portanto, o que será analisado pelas Cortes Norte-Americanas na verificação da vinculação obrigacional das partes ou não é a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, trocas de correspondência, as atitudes e comportamentos, as circunstâncias que envolvem o caso, se se trata de uma relação continuada ou não. Como é típico do Common Law, os juízes respeitarão, em princípio, uma declaração das partes que, em sua negociação preliminar, afirmam não pretenderem se vincular.

Se a estrutura da formação do contrato (oferta e aceitação) é semelhante no Direito Contratual Brasileiro e no Norte-Americano, as regras do Common Law são diversas das do Código Civil Brasileiro sobre a validade da oferta e o momento de sua retirada ou revogação. Também há distinção sobre o momento em que é formado o contrato. Igualmente, há diferenças importantes sobre o protocolo de intenções (*memoranda of understanding ou gentlemen's agreements*) e o contrato de promessa ou preliminar⁵².

A oferta é definida pela doutrina norte-americana como a promessa firme e séria de formar um contrato com a aceitação do destinatário. No pragmatismo norte-americano: “[...] é o penúltimo ato antes da formação do contrato”; ela cria o “poder de aceitar o negócio”⁵³.

Enquanto a oferta não chegar ao conhecimento do destinatário

51 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 115.

52 CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, pp. 38 e segs.

53 Ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 219; e, na mesma linha, CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 31.

rio, como no Direito Brasileiro, o polícitante pode retratar-se, isto é, retirar a sua oferta (artigo 428, IV, do Código Civil) — *withdraw the offer*.

Mas o Common Law diverge no sentido de que, como o ofertante é dono da sua oferta (*master of the offer*), ele pode revogar (*revocation*) sua proposta até o momento em que o destinatário não a tenha aceitado. Note-se que essa revogação pressupõe que a proposta já tenha chegado ao conhecimento do polícitado. No Brasil, essa modalidade de revogação não é admissível. Essa hipótese feriria indiretamente os incisos II e III do artigo 428, que pressupõe a irrevogabilidade da oferta depois de ter chegado ao conhecimento do destinatário (por um prazo previsto em lei).

Agora, no Direito Norte-Americano, também a proposta perde a sua eficácia por decurso de prazo (*lapse*), quando feita à pessoa presente que não a aceitou imediatamente; bem como a proposta feita com prazo deve ser aceita dentro desse prazo, sob pena também de perda de eficácia; e, finalmente, a proposta feita sem prazo à pessoa ausente deve ser aceita em prazo razoável⁵⁴. É solução semelhante à do Direito Brasileiro nesse ponto de perda de eficácia da proposta ao longo do tempo (com a particularidade, já explicada, que, no Common Law, o proponente pode revogar proposta a qualquer momento, antes da aceitação).

Novamente, são as palavras e o comportamento das partes que indicarão a existência de um mero convite a contratar (*inviting an offer*) ou de uma proposta propriamente dita.

Diferentemente do Direito Brasileiro (artigo 429 do Código Civil e artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor), no entanto, a proposta feita ao público normalmente não gera obrigação legal, por carecer, no entender da jurisprudência norte-americana, dos requisi-

⁵⁴ Ver, a respeito, FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 129 e segs.; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 31.

tos de precisão e certeza; salvo quando ela puder ser individualizada, precisada e identificada⁵⁵.

A aceitação, no Common Law, é a vontade formadora do contrato. Ela significa a manifestação do poder de celebrar o contrato (ou seja, a contrapartida à oferta). Igualmente, não tem requisito formal e pode ser feita por um comportamento ou por uma declaração de vontade (*promise*) — a jurisprudência, no entanto, leva bastante a sério essa divisão e, normalmente, entenderá que o mero início de cumprimento do contrato ou de atos preparatórios à execução proposta poderá não ser suficiente para elidir direito do credor de revogar a proposta⁵⁶.

Dentro da teoria tradicional do Common Law, para que a aceitação tenha validade, ela deve se conformar exatamente com a proposta, sem alteração de qualquer elemento (significativo ou não), sob pena de ser interpretada como contraproposta (*counter-offer*) — é a doutrina do *mirror image rule*. Além disso, para ter eficácia, a oferta tem que ser séria e incondicional⁵⁷. Há aqui proximidade com o Direito Brasileiro, que exige também encaixe perfeito da aceitação com a oferta (artigo 431 do Código Civil), sob pena de a aceitação ser considerada nova proposta, embora a doutrina flexibilize a aceitação para os pontos elementares do contrato.

55 Ver o caso, relativamente recente, Leonard *versus* Pepsico, Inc. United States District Court, Southern District of New York, 1999. 88 F. Supp. 2d 116. O *leading case* no mundo do Common Law é o famoso Carlill *versus* Carbolic Smoke Ball Co., Corte de Apelações, Divisão da Rainha (Queen's Bench Division), (1893) 1 Q. B. 256. Nesse caso, o anúncio especificamente prometia um determinado valor em dinheiro para quem consumisse certa dose do remédio produzido pelo anunciante durante um período e contraísse gripe (*influenza*).

56 Ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 140 e segs.; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 71.

57 Ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 144; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 101.

Essa doutrina da *mirror image* gerou um problema, que foi denominado pela doutrina e jurisprudência estadunidenses de batalha dos formulários (*battle of forms*) — ou seja, quando as partes trocam minutas e ou formulários contratuais, algumas vezes no verso de documentos de embarque de mercadoria —, que seria resolvido pela última proposta aceita pelo comportamento da outra (*last shot, best shot*). A metáfora serve para o Direito Brasileiro, que também admite a aceitação por comportamento (mas tem proteção maior contra os ditos contratos de adesão e termos contratuais pré-impressos).

Para resolver a batalha dos formulários (*battle of forms*), o UCC, no seu artigo 2º, parágrafo 206, estabelece um complexo procedimento para a formação do contrato sem ser integralmente por escrito e sem que as partes tenham anuído sobre o texto do contrato. Em princípio, o contrato é formado quando uma parte aceita a proposta, ainda que a formalização disso na manifestação de vontade da parte destinatária não se coadune perfeitamente com os termos da proposta e mesmo que existam diferenças substanciais e não apenas formais (*material variations*) — alínea 1, parágrafo 206, artigo 2º. As diferenças substanciais constantes na aceitação seriam reputadas propostas na dicção do UCC (alínea 2, parágrafo citado). Mas essas não são normas de ordem pública e poderão (e mesmo deverão) ser modificadas pelas partes. E, pela alínea 3 do mesmo parágrafo, ainda que o texto da proposta e da aceitação não autorizem a extração de uma conclusão favorável à formação do acordo, o comportamento de ambas as partes sugerindo a conformação com o contrato implicará a possibilidade de as Cortes buscarem os pontos em comum entre a proposta e a aceitação. Trata-se da flexibilização da *mirror image rule* típica do Common Law pelo Direito Federal Legislado (UCC).

A par disso, no Common Law, o destinatário está juridicamente obrigado (formando-se, assim, o contrato) quando ele postar a aceitação (pode, na verdade, ser pelo correio aéreo, telegrama e, mais modernamente, fax, *e-mail*) — *mail box rule*, doutrina extraída

do famoso caso *Adams versus Lindself*⁵⁸. Depois disso, não poderá, legalmente, haver arrependimento.

Essa também parece ser a opção do Direito Brasileiro (artigo 434, *caput*) para a formação do acordo. Contudo, o artigo 434, I, combinado com o artigo 433, cria tamanha exceção que o mais correto seria dizer que a eficácia da aceitação só é plena quando a mesma chegar ao conhecimento do proponente. Isto porque, uma vez despachada a aceitação, pode haver desistência até o momento de a aceitação chegar ao conhecimento do destinatário.

Como no Direito Brasileiro (artigo 111), a regra do Common Law é a de que o silêncio não induz aceitação.

Uma armadilha do Common Law Norte-Americano é a de que qualquer oferta é revogável, a qualquer momento antes da aceitação. Por isso, uma mera declaração de irrevogabilidade da oferta não tem validade, pois não haverá *consideration* em contrapartida. A saída para as partes é negociar um contrato de opção (*option contracts*), que acabará admitindo a ficção legal de uma contraprestação criada pelas partes simbolicamente⁵⁹. No Brasil, a proposta, como declaração unilateral de vontade, é irrevogável, enquanto não expirar sua eficácia por decurso de prazo (artigo 427 do Código Civil).

Gentlement's agreement ou Memorando de Entendimentos (Memoranda of Understanding) é um documento firmado no início ou durante tratativas, normalmente estabelecendo que as partes não se obrigam a formalizar o contrato em processo de negociação. Essa declaração é respeitada pelas Cortes Norte-Americanas. O problema é se não houver essa declaração das partes. Nesse caso, a tendência dos tribunais é encarar a situação dentro do processo normal de oferta e aceitação, buscando julgar se há elementos suficientes para a sua caracterização (seriedade, clareza, detalhamento do negócio, etc.).

58 106 Eng. Rep. 250 (K. B. 1818).

59 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 177.

No Brasil, seria válida também aquela cláusula de não-obrigação de formalização do contrato definitivo, e é justamente isso que separa um memorando de entendimentos de um contrato preliminar (no qual há a obrigação de celebrar o contrato definitivo), como se percebe no teor do artigo 462 do Código Civil.

Ainda sobre as tratativas, no Brasil há obrigação de negociação de boa-fé durante a formação do contrato (artigo 422 do Código Civil). Embora a boa-fé esteja presente no UCC, essa mesma obrigação pré-contratual não existe, genericamente falando, no Direito Contratual Norte-Americano. Como corolário, no Direito Norte-Americano, não há, em princípio, responsabilidade civil pré-contratual. A ideia das Cortes daquele país é deixar as partes livres, sendo que a doutrina da boa-fé não se aplica à fase pré-contratual, nos Estados Unidos, como base para gerar um dever de responsabilidade civil pré-contratual (*precontractual liability* ou culpa *in contrahendo*)⁶⁰.

Também não é comumente aceito, no Direito dos Estados Unidos, o contrato preliminar (*agreement to agree*) no sentido que no Brasil é reconhecido pelo artigo 462 do Código Civil, ou seja, uma obrigação legal de celebrar o contrato definitivo.

3. Nulidades e ineficácias do contrato

O Direito Norte-Americano, com algumas diferenças que não valem apontar aqui, reconhece os mecanismos típicos do Direito codificado continental para anular um contrato: incapacidade das partes (*incapacity*, tanto a *minority* quanto à *mental*), dolo (*misrepresentation*), coação (*duress*), erro (*mistake*), com duas exceções, onde existem substanciais diferenças: (a) cláusulas abusivas e lesão (que se subsumiriam na cláusula geral de *unconscionability* do UCC); (b) cláusulas ou contrato em violação à ordem pública (*public policy*).

60 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 189.

Naqueles casos, as Cortes norte-americanas tendem a fazer um controle judicial dos contratos (*policy the contract*) com base na mesma ideia do Direito Brasileiro, ou seja, só devem ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico aqueles acordos livremente pactuados.

Sobre as cláusulas abusivas, o Direito Contratual Norte-Americano reconhece a doutrina dos contratos por adesão (*contract of adhesion*), mas admite efeitos muito menos amplos e severos para a continuidade do contrato (ou de sua cláusula) do que o Direito Brasileiro, que outorga muito mais poderes de revisão contratual ao magistrado, diante da reconhecida rigidez do Common Law em liberar as partes dos riscos assumidos pelas suas barganhas livremente conduzidas.

Para começar, a doutrina contratual norte-americana reconhece as enormes vantagens econômicas e sociais da uniformização dos contratos, que diminuem os custos de negociação e de formação de acordos de mercadorias e serviços padronizados no mercado (reconhecimento raro de ser encontrado nos juristas brasileiros, que, por sinal, costumam confundir contrato de adesão com cláusula abusiva)⁶¹. As Cortes estadunidenses chegam a aceitar, por exemplo, termos contratuais inscritos em termos padronizados, disponibilizados em contratos por *internet* ou em produtos embalados acompanhados de garantia (*click wrap agreements*)⁶², se os mesmos forem disponibilizados a tempo razoável de permitir uma reflexão sobre a compra ou não do produto⁶³. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a aceitar uma cláusula de eleição de foro inserta no verso de bilhete de passagem de navio⁶⁴.

61 COHEN. The basis of contract. *Harvard Law Review*, v. 46, 1933, p. 553.

62 Caspi *versus* Microsoft Network, 732 A2d 528 (N. J.).

63 Como apontou a Corte Federal de Nova Iorque: “[...] um contrato não é menos contrato porque formalizado por computador” (Forrest *versus* Verizon Communications, 805 A.2d 1007 (D. C. N. Y., 2002)).

64 Carnival Cruise Lines *versus* Shute, 499 U. S. 585.

Para exemplificar a resistência da doutrina contratual dos Estados Unidos à anulação de uma possível cláusula abusiva, vejamos a seguinte passagem de nada menos do que o relator do segundo Restatement: “As cortes ligadas na doutrina clássica dos contratos não têm sido receptivas aos argumentos de que as partes podem ser libertadas de cumprir suas obrigações com base na teoria dos contratos de adesão”⁶⁵.

A rigidez dos remédios típicos do Common Law é suavizada pelos remédios desenvolvidos pelas antigas cortes de *equity* para situações iníquas (*unconscionable*). Os dois principais casos (*leading cases*) citados de flexibilização do *pacta sunt servanda* são *Campbell Soup Co. versus Wentz*⁶⁶ e *Woollums versus Horsley*⁶⁷. No primeiro caso, um agricultor pactuou um preço para entrega da sua safra de cenouras, e uma mudança climática provocou uma escassez na oferta do produto e conseqüentemente um aumento substancial no seu preço no mercado (triplicando o preço da tonelada). Diante disso, o vendedor não honrou o contrato, e o comprador buscou o remédio de equity para garantir o cumprimento do contrato. A Corte julgou improcedente o pedido do comprador para garantir a execução específica do contrato, por considerar o contrato não equânime (*unconscionable*), já que redigido de maneira a favorecer o interesse de apenas uma das partes (*one sided*). No segundo caso, o tribunal isentou um vendedor de direitos minerais de cumprir um contrato de venda por conta de uma valorização no valor de mercado do objeto do contrato muito superior a 15 vezes o valor inicial pactuado.

Entretanto o fato de as Cortes norte-americanas não terem reconhecido o remédio típico de *equity* (que é o cumprimento específico) — como veremos abaixo — não significa que o mesmo tribunal não concederia indenização à parte prejudicada (que é o remédio tí-

65 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 287.

66 172 F.2d 80 (3dCir. 1948).

67 20 S.W. 781 (Ky 1892).

pico do Common Law) por infração contratual. Portanto, nos casos acima relatados, as partes compradoras acima prejudicadas que não receberam a mercadoria poderiam, em tese pelo menos, buscar em juízo a indenização pelos prejuízos experimentados; o que equivale a dizer que a cláusula ou o contrato tido como *unconscionable* não seria absolutamente nulo, como em casos brasileiros. O contrato apenas deixou de ser aplicado em sua totalidade para fins de cumprimento específico, sem que a Corte anulasse a cláusula tida como abusiva. No Brasil, a cláusula tida como abusiva seria anulada, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 424 do Código Civil e não haveria como a parte prejudicada pelo inadimplemento buscar indenização por quebra contratual.

A doutrina do *unconscionability* foi expandida da *equity* e transportada para o UCC, parágrafo 302, artigo 2º (e para o Restatement Second de Contratos) que dispõe:

Se a corte, ao discutir o mérito da causa, acreditar que o contrato ou qualquer cláusula do contrato tenha sido abusiva à época em que foi redigida, ela pode se recusar a determinar o cumprimento do contrato ou ela pode determinar a aplicação do contrato sem a cláusula tida como abusiva ou ela pode ainda limitar a aplicação da cláusula tida como abusiva para evitar um resultado injusto.

O comentário oficial do UCC adiciona:

O teste elementar (de abusividade) é saber se, à luz dos usos e costumes comerciais e da utilidade de determinada atividade ou negócio, as cláusulas em jogo são tão unilaterais nas circunstâncias existentes à época de formação do contrato.

O *leading case* que aplicou esse dispositivo legal foi *Williams versus Walker-Thomas Furniture Co.*⁶⁸, pelo qual a Corte entendeu, em tese, aplicável a doutrina da abusividade (*unconscionability*) de

68 350 F.2d. 445 (D. C. Circuit 1965).

uma cláusula de busca e apreensão da garantia em caso de inadimplemento num contrato de venda com reserva de domínio de um equipamento a um consumidor já endividado com a mesma companhia por conta de outros contratos com garantias cruzadas mútuas e com salário inferior ao das prestações.

A Corte assim definiu a *unconscionability*: “A abusividade tem sido admitida para situações em que não há significativa possibilidade de escolha para uma das partes, associada a uma disposição contratual irrazoavelmente favorável a outra parte (mais forte)”⁶⁹.

Normalmente, as Cortes desenvolveram um duplo teste para o reconhecimento da *unconscionability*: (a) um aspecto procedimental, no sentido de que houve equidade no processo de negociação do contrato, já que não se deu oportunidade de escolha ao aderente; (b) um aspecto substancial, no sentido de que o resultado dessa barganha desigual, não equânime, foi uma cláusula ou um contrato abusivo, ou seja, que dá vantagem irrazoável para apenas uma das partes⁷⁰.

Mas novamente se deve notar a diferença de abordagem das Cortes norte-americanas, que relutam muito em aplicar esse dispositivo legal a casos concretos julgados, diante de sua dificuldade em aceitar a possibilidade de se medir e aferir concretamente o real poder de barganha das partes, as opções de escolha, etc. Em síntese, as Cortes daquele país relutam em se valer de critérios de Justiça redistributiva. Pode-se inclusive dizer que a maior aplicabilidade dessa doutrina é em casos ligados a consumidores.

Em contratos empresariais e internacionais, a importância desse dispositivo legal tende a ser bastante diminuta. E, mesmo em Direito do Consumidor, a tendência do legislador norte-americano tem sido a de favorecer a divulgação e a publicação de informações, ao

69 350 F.2d. 449.

70 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 301.

invés de um tipo de proteção considerada “paternalista” e que invade o direito de escolha das partes, além de ser mais coerente com uma economia de mercado. Veja-se, nesse sentido, a conclusão de Farnsworth⁷¹:

[...] genericamente falando, os juízes têm sido cautelosos na aplicação da doutrina da abusividade [...] reconhecendo que as cortes não estão preparadas para lidar com problemas de iniquidade de distribuição de riqueza na sociedade.

O mesmo pode ser dito com relação à utilização pelas Cortes norte-americanas de mecanismos de controle da ordem pública (*public policy*). Novamente, há que se dizer que há muito mais resistência em monitorar e anular cláusulas contratuais com base no interesse público do que no Brasil. Isto porque, na opinião de importantes tratadistas (concebida a partir dos principais *leading cases*), o princípio de ordem pública mais importante na seara contratual é a proteção da liberdade contratual (*freedom of the contract*).

Para exemplificar a resistência à aplicação da doutrina da ordem pública no Common Law, vejamos a seguinte passagem do juiz inglês J. Burrough: “[...] a ordem pública é um cavalo indomável que quando montado você não sabe para onde ela o levará. Ela pode afastá-lo do melhor Direito. Ela só é alegada quando os demais argumentos falharam”⁷². Um outro dito de uma Corte inglesa ficou registrado pelo relator M. Jessel:

Não deve ser esquecido que você não deve estender arbitrariamente essas regras que dizem que um determinado contrato é nulo por ser contrário à ordem pública, porque se existe uma coisa que a ordem pública exige é que homens maiores e capazes devem ter a maior liberdade possível de contratar e que os seus contratos quando for-

71 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 301.

72 Richardson *versus* Mellish, 130 Eng. Rep. 294 (Ex. 1824).

mados voluntária e livremente devem ser considerados sagrados [*sacred*] e devem ser reconhecidos e aplicados pelas cortes de justiça.⁷³

Os casos de aplicação dessa doutrina da ordem pública pelas Cortes são cada vez mais diminutos e ficam concentrados em contratos de Direito de Família, jogos de azar, violação da concorrência e da ordem econômica e casos limite de Direito do Trabalho, ou de prática de delitos ou de atos negligentes. Antigamente, cláusulas que colidissem com normas processuais como as de eleição de foro e arbitrais eram tidas como violadoras da ordem pública. Contudo, esse posicionamento não mais vigora, e essas cláusulas hoje são reconhecidas pelas Cortes dos Estados Unidos como um imperativo da ordem econômica internacional⁷⁴.

Em resumo, praticamente nenhuma cláusula será considerada contrária à ordem pública nos Estados Unidos. Por exemplo, em princípio, são válidas a cláusula de exclusão de responsabilidade civil (com exceção de produtos defeituosos relacionados ao consumidor) e a cláusula de não-concorrência, quando uma empresa é adquirida, ou quando um sócio se retira da sociedade. Mesmo o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor não envolvem (com raras exceções, como salário mínimo, responsabilidade por fato do produto) normas de ordem pública que não possam ser revogadas pelas partes contratantes.

Curiosamente, uma das poucas cláusulas que rotineiramente tendem a ser anuladas é a de multa (*penalty clauses*), já que se entende que a parte que faz um contrato não deve receber mais do que o benefício econômico pelo qual barganhou. Pelo mesmo motivo, não se admitem, em regra, danos punitivos (*punitive damages*) em matéria contratual, como se verá. Já no Brasil, curiosamente, o artigo 408 do Código Civil admite as cláusulas penais, mas desde que seu valor

73 *Printing & Numerical Registering Co. versus Sampson*, L. R. 19 Eq. 462, 1875.

74 *Brehmen versus Zapata Off Shore Company*, 407 U. S. 1.

não ultrapasse o da obrigação principal, o que, de certa maneira, atinge o mesmo resultado.

Mesmo quando aplicada, a doutrina da proteção da ordem pública passa por um teste de razoabilidade, já que, ainda que uma determinada *public policy* conste expressamente de uma previsão legal, os tribunais resistem à anulação direta do contrato, sem passar por um crivo de prós e contras da validade do ato (como importância do tema, consequências da invalidade do ato para as partes, conduta das partes), sempre na tentativa de preservar o contrato em respeito ao *pacta sunt servanda*. De modo que dificilmente um contrato comercial elaborado por duas empresas sofrerá a interferência de uma Corte estadunidense em nome da ordem pública, já que a principal política pública na seara dos contratos seria justamente a proteção da liberdade das partes⁷⁵.

No Brasil, sabemos que os tribunais não agem da mesma maneira, até porque a ordem jurídica não é a mesma, e, infelizmente para o desenvolvimento dos negócios no País, igualmente não é a mesma a opinião dos juristas brasileiros, na maioria favoráveis à permeabilidade entre o Direito Público e o Direito Privado. No Brasil, as partes estão restritas em sua liberdade de contratar pelas normas cogentes do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor, do Direito do Inquilinato, pelos princípios contratuais do Código Civil (artigos 166, 157, 187 e 421 e seguintes).

4. Inadimplemento contratual

O Direito Norte-Americano, como o Brasileiro, desenvolveu uma doutrina das condições (presentes no artigo 121 e seguintes do Código Civil), que são condicionantes da execução do contrato. Mas a doutrina das condições, no Common Law, é pouco mais ampla e é

75 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 336.

utilizada pelas Cortes para auxiliar a parte prejudicada por um inadimplemento, na linha interpretativa de que toda obrigação contratual tem implícita ou explicitamente uma cláusula que condiciona o cumprimento do contrato ao adimplemento obrigacional da outra parte.

É essa doutrina inclusive que permite à parte prejudicada se abster temporária ou definitivamente do cumprimento contratual (análogo à exceção de contrato não cumprido do artigo 476 do Código Civil ou da cláusula resolutiva tácita do artigo 474 do Código Civil) — chamado de *self-help remedy*. Portanto, essencialmente, esses *self-help remedies* são dois: (a) suspensão da execução do contrato; (b) resolução do contrato⁷⁶.

Analogamente ao Código Civil, artigo 394 e seguintes, o Direito Contratual dos Estados Unidos só admite a liberação do devedor (*discharged*) com o integral cumprimento da prestação devida (*fully performance*). Em princípio, qualquer nível de não-cumprimento, ainda que relativamente insignificante, remonta uma quebra contratual (*breach*) e, portanto, oferece subsídios para a aplicação da teoria das condições e os *self-help remedies*. Para evitar abusos no exercício desses direitos, as Cortes desenvolveram a doutrina do adimplemento substancial (*substantial performance*), que significa que, em situações específicas, se a parte pretender descumprir o contrato por conta de inadimplemento irrelevante da outra parte, a corte não aceitará essa atitude contrária à boa-fé.

O caso seminal é *Boone versus Eyre*⁷⁷, em que Lord Mansfield não admitiu que um comprador deixasse de pagar o preço contratado

76 Essas condições decaem em casos de *waiver* (renúncia do exercício do direito), *forfeiture* (situações de abuso e enriquecimento injustificado da parte) ou *breach* ou *repudiation* (violação positiva do contrato pela outra parte), que se nega a colaborar para a execução do contrato ou que alega que não cumprirá o acordo). Ver, a respeito, FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 502; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 513 e segs.

77 126 Eng. Rep. 160(a) (K. B. 1777).

da venda por insignificante inadimplemento contratual do vendedor (alguns escravos faltantes na propriedade, naquela operação típica que se poderia chamar, no Brasil agrário, de venda “porteira fechada”).

No Brasil, a melhor doutrina reconhece essa teoria do adimplemento substancial como reflexo do princípio da boa-fé objetiva em seu aspecto de limitador ao exercício de direitos subjetivos (como a resolução contratual), mas não se pode dizer que seja um remédio amplamente aplicado nos tribunais⁷⁸.

Nesse diapasão, o Direito Norte-Americano apenas considera, para fins de inadimplemento contratual absoluto (*breach of the contract*), uma quebra substancial do contrato (*substancial* ou *material breach*). Isto porque, como já dito, o contrato é uma troca econômica, portanto, a parte só pode pretender desfazer o contrato e obter indenização quando não obteve substancialmente o resultado econômico barganhado⁷⁹. Se ela já obteve substancialmente o benefício econômico do negócio, não há razão para rescindir o contrato. Inadimplementos insignificantes não devem ensejar o término antecipado do contrato, sob o risco do abuso de direito. Em havendo o exercício temerário ou abusivo do direito de extinguir o contrato, a parte que terminou equivocadamente poderá responder por perdas e danos.

Na esteira do Restatement Second, parágrafos 236-7, os dois *self-help remedies* devem ser aplicados com cautela para a parte prejudicada pelo inadimplemento e dentro de um critério pautado pela boa-fé. É assim que os tratadistas norte-americanos têm defendido a aplicação de um teste para avaliação da correção do comportamento adotado pela parte. É dito que esses remédios de autotutela devem

78 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do dever*. resolução. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

79 Cary Oil MG Ref. & Mktg, 90 F. Supp. 2d 401 (S. D. N. Y. 2000).

ser vistos como etapas (*two-step analysis*)⁸⁰. O descumprimento de uma cláusula contratual induz, primeiramente, à possibilidade de suspensão do cumprimento da obrigação pela outra parte — dito descumprimento parcial ou *partial breach* —, e somente após um período razoável para corrigir o atraso (ou emendar a mora, *time to cure*), a parte estaria autorizada a resolver (*cancellation* ou mesmo *termination*) terminar — dito inadimplemento total ou *total breach*⁸¹. Note-se que, em ambos os casos, a parte prejudicada poderia buscar indenização em virtude de prejuízos experimentados, mas apenas na segunda hipótese o contrato seria extinto.

A legislação brasileira contém expressamente esses remédios de auto-ajuda em contratos nos artigos 474 e 475 do Código Civil (cláusula resolutiva tácita e a possibilidade de suspensão do cumprimento da obrigação). No entanto, para efeitos resolutórios, o Código não é claro nesse ponto, e o artigo 474 não é expreso no sentido de que apenas a quebra substancial do contrato é que daria ensejo à resolução. A melhor doutrina, contudo, tem defendido o mesmo que os tribunais norte-americanos com base tanto na boa-fé como limitadora ao exercício de direitos subjetivos como fundada na doutrina do abuso de direito (artigo 187 do Código Civil)⁸².

De outra parte, a doutrina brasileira classifica o inadimplemento em absoluto ou relativo, tal como os tratadistas e as Cortes dos Estados Unidos. O segundo toma o nome de mora e é regulado no artigo 394 do Código Civil e, o primeiro, no artigo 475 do Código Civil. O critério para separação de ambos é a utilidade ou interesse (prático e econômico) para o credor na execução da prestação presente no artigo 395, parágrafo único, do Código Civil. Também aqui apenas o inadimplemento absoluto daria margem à resolução contra-

80 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 560 e segs.

81 RW Power Partners *versus* Virginia Elec. & Power Co. 899 F. Supp. 1490 (E. D. Va. 1995).

82 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do dever: resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

tual, e, como no sistema norte-americano, em ambas situações de inadimplemento, caberia indenização à parte prejudicada (artigo 395, parágrafo único e parágrafo 475, do Código Civil)⁸³.

O Direito Norte-Americano admite também o reconhecimento de uma situação de quebra de um dever inerente à boa-fé (*breach of an implied duty*)⁸⁴ defendida também por parte doutrina brasileira com base no artigo 422 do Código Civil⁸⁵.

Situação análoga a essa, também resolvível no Brasil com base na boa-fé objetiva, é a hipótese de *anticipatory breach* ou *anticipatory repudiation*. O *leading case* dessa doutrina é *Hochster versus De la Tour*⁸⁶, no qual o réu foi acionado, por ter declarado que não cumpriria o contrato entabulado com o autor antes do prazo estipulado para o início da execução do negócio. De acordo com Farnsworth⁸⁷, o repúdio antecipado do negócio é: “[...] a manifestação por uma parte a outra que o declarante não cumprirá o contrato ou pelo menos alguma cláusula dele”. Naturalmente, dentro de uma ideia de razoabilidade, não precisaria a parte prejudicada ficar aguardando até o final do contrato para tomar as medidas legais que entender cabíveis. E o repúdio pode ser verbal ou por um comportamento de acordo com a nova versão do UCC, artigo 2º, parágrafo 610(2).

Semelhantemente ao Direito Brasileiro, o Direito Contratual dos Estados Unidos faz distinção entre término do contrato por inadimplemento e a hipótese de término imotivado do contrato (resili-

83 Para um aprofundamento sobre o tema, ver *Da prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor* (TIMM, Luciano Benetti, 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006c).

84 *Gatol (USA) versus Washington Metro. Area Transit Auth.*, 801 F2d 451 (D. C. Cir. 1986).

85 DA SILVA, Jorge C. F. *Boa-fé e violação positiva do contrato*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

86 118 Eng. Rep. 922 (Q. B. 1853).

87 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 586.

ção unilateral operada pela via da denúncia, artigo 473 do Código Civil). Normalmente, as Cortes daquele país exigem um tempo necessário razoável de notificação prévia para a reorganização das atividades da parte prejudicada — tal como consta no UCC, artigo 2º, parágrafo 309 (3) —, sob pena de considerar nula a cláusula que permite a extinção do contrato por vontade das partes a qualquer momento. A razão para isso é faltar contraprestação (*consideration*) àquele direito de interrupção voluntária do contrato (*illusory promise*).

No Brasil, o parágrafo único do artigo 473 prevê algo semelhante ao UCC, permitindo à parte prejudicada pela denúncia imotivada do contrato buscar um remédio judicial para recuperar o investimento feito no negócio. Contudo, a jurisprudência norte-americana é mais conservadora e tende a interferir menos na liberdade das partes, em situações em que elas próprias definem aquele prazo razoável de notificação prévia⁸⁸.

Por fim, é importante comentar as hipóteses em que o incumprimento contratual não acarreta *breach* nem o pagamento de perdas e danos por descumprimento (aquilo que, no Direito Brasileiro, poderia ser caracterizado como caso fortuito e força maior, previstos no artigo 393 do Código Civil, e onerosidade excessiva, prevista no artigo 478 do Código Civil).

O sistema do Common Law hoje reconhece — embora se repita aqui a sacralidade do *pacta sunt servanda* como regra geral — duas doutrinas desenvolvidas por precedentes judiciais. A primeira, da impossibilidade de cumprimento do contrato — porque o objeto pereceu (*impossibility*), semelhantemente aos artigos 235, 236, 393 do Código Civil (*impossibilium nulla obligatio est*). A outra doutrina é da *impracticability* ou *frustration*, que foi refletida no UCC e no

88 Por exemplo, em *Lindner versus Mid-Continent Petroleum Corp.*, 252 S. W. 2d 631 (Ark. 1952), a Corte do Arkansas admitiu um prazo de notificação prévia de 10 dias.

Restatement, Second, de Contratos. A última aproximar-se-ia (embora com destacáveis distinções) da onerosidade excessiva do artigo 478⁸⁹.

Durante muito tempo, vigorou um rígido entendimento exarado no famoso *Paradine versus Jane*: “[...] quando a parte por seu próprio consentimento cria para si um dever ou garantia, ela se obriga a fazê-lo bem, independentemente de qualquer acidente por inevitável necessidade, porque ela poderia ter previsto isso no contrato”⁹⁰. Poucas exceções foram concebidas pelo antigo Common Law, a saber: (a) se a obrigação a ser executada se tornou ilegal depois de pactuada⁹¹; (b) se a parte obrigada faleceu antes do cumprimento da obrigação⁹²; e, a mais importante de todas, (c) a hipótese de destruição ou deterioração derivada de um caso de força maior (*act of God*) que impossibilite o cumprimento⁹³.

O *leading case* sobre impossibilidade nesta última situação antes descrita é *Taylor versus Caldwell*⁹⁴. Trata-se de uma ação movida pelo locatário de uma casa de espetáculos por quebra contratual em virtude de o réu não ter disponibilizado o espaço locado por conta de um acidente com fogo que acabou destruindo o bem objeto do contrato, impossibilitando, assim, o cumprimento do acordo. A razão para a admissão dessa exceção à regra do *pacta sunt servanda* é a de que a Corte Real inglesa acreditou que as partes haviam contratado dentro da pressuposição de que o bem continuaria a existir, e seu desaparecimento acaba por liberá-las do adimplemento do pacto. É como se houvesse uma cláusula implícita de liberação das partes em

89 Ver CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 1.088; e FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 619.

90 *Paradine versus Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K. B. 1647).

91 *Abbot of Westminster versus Clerke*, 73 Eng. Rep. 59 (K. B. 1536).

92 *Hyde versus Dean of Windsor*, 78 Eng. Rep. 798 (Q. B. 1597).

93 *Williams versus Lloyd*, 82 Eng. Rep. (K. B. 1629).

94 *Taylor versus Caldwell*, 122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863).

caso de impossibilidade por perecimento do objeto. A doutrina foi consagrada no UCC, artigo 2º, parágrafo 613⁹⁵.

Além de adotada no UCC, essa doutrina acabou evoluindo nos Estados Unidos por conta de outro dispositivo do UCC, que é o artigo 2º, parágrafo 615, o qual dispõe que as partes ficam liberadas: “[...] se o cumprimento tal como acordado entre as partes se tornar impraticável (*impracticable*) pela ocorrência de uma perda (*contingency*) cuja não-ocorrência era uma presunção elementar das partes” — a qual, sem maiores alterações substanciais foi substituída no *Restatement Second*, Contracts, parágrafo 261.

As Cortes desenvolveram um teste para reconhecimento dessa hipótese de impraticabilidade (ou seja, de exclusão de responsabilidade civil) nos seguintes termos: (a) a execução da obrigação tenha tornado-se impossível; (b) as partes pressupunham que o evento em questão não ocorreria; (c) nenhuma das partes tenha concorrido com o evento; (d) que as partes não tenham alterado a previsão legal, estabelecendo outro nível de responsabilidade pelos eventos⁹⁶. É uma doutrina semelhante à da força maior (*force majeure*, prevista no artigo 393 do Código Civil).

A segunda hipótese de exclusão de responsabilidade civil por incumprimento é a doutrina da frustração (*frustration*) do contrato, a qual não se confunde com a impossibilidade ou com a impraticabilidade. Ela foi desenvolvida no caso *Krell versus Henry* pela Corte Real inglesa (*coronation case*)⁹⁷. Trata-se de uma ação em que o réu locou um apartamento do autor para ver o processo de coroação do novo rei. Entretanto, o evento foi cancelado e o réu deixou de pagar. A sua

95 “[há exoneração das partes se] o contrato exige para sua execução que as mercadorias estejam identificadas antes da formação do acordo e as mercadorias que sofrerem perda sem culpa de nenhuma das partes antes do risco da perda passar ao comprador”.

96 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 625.

97 2. K. B. 740 (1903).

atitude, conforme o entendimento do Tribunal, foi escusável, já que o objeto do contrato (o processo de coroamento) foi frustrado pelo cancelamento (*frustration of purpose*). Nos Estados Unidos, a doutrina foi aceita normalmente, sob o nome frustração superveniente (*supervening frustration*)⁹⁸ e consta do Restatement Second, parágrafo 265. O teste aplicado pelas Cortes Norte-Americanas é semelhante ao da doutrina da impossibilidade, alterando basicamente apenas o primeiro requisito, que seria uma frustração substancial do principal propósito da parte que alega a referida exceção. Portanto, nos dizeres de Farnsworth⁹⁹, a grande diferença entre uma e outra doutrina é que, na frustração, não é impossível o cumprimento do contrato.

É, portanto, uma teoria semelhante, como dito, à cláusula *rebus sic standibus* do artigo 478 do Código Civil, na qual a obrigação da parte também não se impossibilitou, mas tornou-se exageradamente onerosa. Como mencionado inúmeras vezes, as Cortes norte-americanas tenderão a ser muito mais conservadoras na aplicação dessa doutrina do que os tribunais brasileiros (pelo menos a Justiça Comum)¹⁰⁰. No mesmo diapasão, aquela Justiça resiste a uma revisão judicial dos termos pactuados, preferindo pôr termo ao contrato e recolocar as partes no *status quo ante a* celebração do contrato¹⁰¹, resistência esta inexistente no Brasil, diante da letra dos artigos 479 e seguinte do Código Civil (sendo conhecidos no País os casos dos juros bancários, dos contratos de soja verde, de *leasing* em dólar).

98 Ver Washington State Hop Producers *versus* Goschie Farms, 773 P.2d 70 (Wash. 1989).

99 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, pp. 634 e 635.

100 Por exemplo, “[...] a continuação das mesmas condições de mercado e financeira das partes não é uma presunção ordinária básica das partes”, conforme decidido em Groseth International *versus* Tenneco, 410 N. W. 2d. 159 (S. D. 1987); assim como “[...] uma dramática queda no mercado de equipamentos agrícolas resultando em redução de lucros não frustra os propósitos elementares do contrato”, segundo decidido em Karl Wendt Farm Equip. Co. *versus* International Harvest Co., 931 F2d 1112 (6th Cir. 1991).

101 Nessa esteira, ver Iowa Elec. Light & Power Co. *versus* Atlas Corp., 467 F. Supp. 129 (N. D. Iowa 1978).

5. Remédios por inadimplemento

O Common Law é fundamentalmente um sistema de remédios para casos concretos. Uma de suas mais características divisões é entre o Direito dos Contratos (*Contract Law*) e o Direito da Responsabilidade Civil (*torts*). É verdade que a parte prejudicada pelo inadimplemento contratual da outra parte terá como regra uma ação indenizatória, mas ele não se confunde com um remédio de *tort*, no qual a causa de pedir é a violação negligente de um dever geral ou especial de cautela e de não lesar os outros — algo análogo à *summa divisio*, no Civil Law, entre responsabilidade contratual e extracontratual, mas respeitada com mais rigidez nos Estados Unidos do que no Brasil¹⁰².

A quebra do contrato induz ao remédio típico de Common Law de indenização (*damages*), que pode contemplar três modalidades eventualmente combináveis: (a) *expectation damages* (lucros cessantes ou interesses positivos); (b) *reliance damages* (danos emergentes ou interesses negativos); (c) *restitution damages* (direito restitutivo)¹⁰³.

No primeiro caso (*expectation damages* ou lucros cessantes), que é a regra geral tipicamente nos países de sistema de Common Law, a parte prejudicada com o inadimplemento substancial da outra parte é colocada na mesma posição que estaria, caso o contrato tivesse sido cumprido, ou seja, a parte é indenizada pelo critério do resultado econômico de sua anterior barganha¹⁰⁴.

102 Para uma discussão sobre a teoria geral da responsabilidade civil norte-americana, um dos tratados clássicos é o de Keeton (KEETON, W. Page et al. *Prosser and Keeton on torts*, 5ª ed. St. Paul: West Publishing, 1984). Para uma rápida exposição, ver KIONKA, E. *Torts*. St. Louis: Thomson-West, 1999.

103 A adaptação do termo em inglês para o português não pode ser tomada como identidade entre os institutos jurídicos em questão. Nesse ponto, a tradução ao vernáculo tem mais o objetivo apenas didático de permitir uma associação com o Direito doméstico.

104 Ver, nesse sentido, o UCC, artigo 1, parágrafo 305 (a): “[...] os remédios disponibilizados devem ser oferecidos a fim de colocar a parte prejudicada na mesma posição como se a outra

Por isso, como dito, não se admitem, nos Estados Unidos, danos punitivos (aqueles em que o valor da condenação ultrapassa sobremaneira o valor da dívida, como forma de desestímulo a condutas socialmente indesejáveis) por descumprimento contratual, com exceção, basicamente, de matéria de contratos de seguro (negativa do pagamento de apólice), ou caso tenha sido praticado um ato negligente (*tort*) conjuntamente com o descumprimento do contrato¹⁰⁵.

Na mesma linha de entendimento, é, em princípio, inadmitida a condenação por danos morais (*moral distress*) em virtude da inexecução do contrato. Isso significa levar em conta o que a parte esperava lucrar, evidentemente computando o que gastou e o que deixou de gastar e de perder (simplificadamente, valor dos danos indenizáveis = lucro perdido + outros prejuízos – custo não incorrido – prejuízo evitado)¹⁰⁶. Por exemplo, é o recebimento do lucro esperado pelo distribuidor, caso o fabricante tivesse lhe entregue corretamente a mercadoria contratada, que seria vendida com uma determinada margem de lucro já calculada.

É uma regra semelhante aos lucros cessantes do Código Civil (interesses positivos), ou seja, o que a parte prejudicada pelo inadimplemento deixou de obter em virtude da quebra contratual. Contudo, os tribunais norte-americanos são mais precisos e detalhados, como lhe é peculiar, na composição da fórmula indenizatória e acabam permitindo um desconto do lucro com aquilo que a parte deixou de gastar face ao descumprimento.

Também os juízes norte-americanos exigem da parte prejudi-

parte tivesse adimplido”. Ver, no mesmo sentido, o Restatement, Second, parágrafo 344. Para o *case law*, ver *Contempo Design versus Chicago & Northwestern Ill. Dist. Council*, 226 F.3d 535 (7th Circuit 2000).

105 CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 589.

106 CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3^a ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 768.

cada que busque mitigar seu prejuízo (“*duty to mitigate*”), tomando todas as atitudes que possam reduzir sua perda (como, por exemplo, buscar outra forma de adquirir a mercadoria que lhe seria fornecida pelo devedor inadimplente no mercado)¹⁰⁷. Esse tipo de exigência de mitigar não é feita no Brasil pelas Cortes (ainda que pudesse ser construída argumentativamente por meio indireto do princípio da boa-fé objetiva).

Em ambos os sistemas, brasileiro e norte-americano, os requisitos da ação indenizatória são semelhantes em alguns pontos: (a) não-escusabilidade; (b) prejuízo efetivo e não hipotético (por vezes, denominado de *certainty*)¹⁰⁸; e (c) causalidade fática entre o inadimplemento e o prejuízo gerado. No entanto, uma diferença aparece, quando o Direito Norte-Americano exige, para o reconhecimento da indenização, que o prejuízo seja previsível pela parte inadimplente (o que não é exatamente a mesma coisa que o requisito da culpabilidade do Direito Brasileiro, já que esta se dá frente à conduta e não frente ao dano). Explica-se. Desde o *leading case* *Hadley versus Baxendale*¹⁰⁹, as Cortes anglo-americanas limitaram as indenizações por quebra contratual e passaram a exigir um requisito de previsibilidade para a admissão de danos derivados do inadimplemento (*consequential* ou *special damages*), ao contrário dos danos diretos ou imediatos (*general damages*). No caso em questão, um empresário processou a transportadora que deveria levar para trocar, ou consertar, uma peça do seu moinho; sem a referida peça, o moinho parou. Como houve atraso no transporte, o empresário processou a transportadora por lucros cessantes e perdeu. A Corte rejeitou a ação indenizatória face à imprevisibilidade do prejuízo pela empresa contratada para o transporte.

Desse caso, foram extraídas duas regras fundamentais do Di-

107 Ver *Frechtown Square Partnership versus Lemstone, Inc.*, 791 N. E. 2D 417 (Ohio 2003).

108 O *leading case* aqui é *Griffin versus Colver*, 16 N. Y. 489 (1858).

109 156 Eng. Rep. 145 (1854).

reito Contratual do Common Law: (a) a parte prejudicada somente deve receber os prejuízos que derivarem normalmente do curso normal das coisas em decorrência do descumprimento mesmo do contrato; (b) só são considerados danos que ultrapasassem aqueles derivados do curso normal das coisas, se concebidos razoavelmente pelas duas partes quando da formação do contrato (ditos *consequential damages*)¹¹⁰. Essa regra foi reescrita no Restatement Second, parágrafo 351¹¹¹.

As Cortes estadunidenses, excepcionalmente, ainda podem reconhecer tão-somente os “danos emergentes” (ou interesses negativos, para ser mais preciso), denominados de *reliance damages*, para situações em que normalmente é difícil comprovar os lucros cessantes (justamente porque protege a confiança da parte no contrato e no cumprimento da obrigação da outra parte). Envolve despesas de preparação para o cumprimento obrigacional da parte prejudicada (*essential reliance*) — é o financiamento bancário assumido pelo distribuidor para pagar as mercadorias do fabricante —, bem como custos incidentais com transações acessórias (*incidental reliance*) — é a contratação de espaço para acondicionar a mercadoria que será enviada pelo fabricante em um contrato de distribuição, por exemplo. Assim, as partes serão colocadas na mesma posição, caso não tivessem feito o contrato, ou seja, indenização pelos danos gerados pela confiança que uma parte depositou na outra para a realização do contrato¹¹².

110 Ver CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 593 e segs.; e FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 793.

111 “Não são indenizáveis aqueles prejuízos que a parte inadimplente não tinha razões para prever como provável resultado do seu incumprimento quando o contrato foi feito”.

112 Aqui, o texto clássico é *The reliance interest in contract damage* (FULLER; PARDUE, 1936-7, p. 52). Ainda ver FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4ª ed. New York: Aspen, 2004, pp. 732-733; e CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 591-592.

Por fim, as Cortes podem reconhecer o direito de restituição (*restitution damages*), que é a colocação das partes no *status quo ante* a contratação, vale dizer, as partes são colocadas na mesma posição anterior à celebração do contrato, devendo a parte que recebeu o preço restituir (*to disgorge*) o que recebeu sob pena de enriquecimento ilícito (*unjust enrichment*)¹¹³. No Código Civil Brasileiro, semelhante solução aparece nos artigos 876 e seguintes, sobre pagamento indevido, e 884 e seguintes, sobre enriquecimento sem causa.

Apenas excepcionalmente — ao contrário do que ocorre no Brasil (Código de Processo Civil — CPC, artigos 460 e 461) —, as Cortes admitem o remédio de *equity*, que é o cumprimento específico da obrigação (*specific performance*), pois a regra é a resolução do contrato por perdas e danos. A execução específica caberia em caso de infungibilidade do bem objetivo do contrato e para direitos reais (já que, normalmente, se entende que há infungibilidade do bem imóvel). Essa regra geral do Direito Norte-Americano tem sido justificada tanto por argumentos jurídicos e constitucionais ligados à liberdade individual de que ninguém poder ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo contra a sua vontade (nem por uma Corte de Justiça), por argumentos de eficiência econômica (não ocupar Cortes com processo custoso de substituição da parte pelo juiz, que passará a administrar e fiscalizar o contrato), bem como pela polêmica tese sobre o descumprimento contratual eficiente — *efficient breach* —, no sentido de que a parte deve ser deixada livre para descumprir o contrato, se o seu benefício econômico ultrapassar o custo de cumprimento, podendo, com isso, indenizar a parte prejudicada e ainda obter uma vantagem¹¹⁴.

113 FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen, 2004, p. 734.

114 EISENBERG, M. e FULLER, Leon P. *Basic contract law*, 8^a ed. St. Paul: Thomson —West, 2001, pp. 209 e segs.

Por fim, o Direito Contratual Norte-Americano tem certa dificuldade com a aceitação da “cláusula penal” (*penalty clauses*). Isto porque, como já dito, a parte só deve receber o benefício econômico de sua barganha e não mais que isso, de modo que as Cortes daquele país não admitem facilmente punições por descumprimento. As cláusulas penais apenas serão admitidas, se concebidas como forma de pré-liquidação de perdas e danos (*liquidated damages*). No Brasil, a doutrina discute o âmbito de aplicação dos artigos 408 e seguintes do Código Civil, que tratam da cláusula penal. Não cabe aqui enfrentar essa discussão, sendo certo que existem razões para defender que, mesmo no sistema legal brasileiro, a cláusula penal não poderia ultrapassar o benefício econômico auferido pela barganha das partes, como atesta o artigo 412 do Código Civil¹¹⁵.

115 Ver, por todos, CALAMARI, John e PERILLO, Joseph. *The Law of Contracts*, 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, pp. 639 e segs.