



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Disciplina: **DIRP17 – DIREITO COMPARADO**

Professores: Me. Sérgio José Porto e Me. Christoph Fabian

Mestranda: Alessandra Lehmen

Área: Direitos Especiais

Data de apresentação: 23/09/2003

CONTRATOS NO DIREITO ANGLO-AMERICANO

INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, a fim de situar o objeto da presente exposição, uma consideração inicial se faz necessária: trata-se de trabalho de direito estrangeiro (por oposição a um trabalho de propriamente de direito comparado, que envolve, por definição, análise inter-sistêmica). O título proposto refere-se aos contratos no direito anglo-americano; assim, ainda que a *Common Law*, naturalmente, não se resume a esses dois países, tomaremos por espinha dorsal deste trabalho o direito inglês – que julgamos deva ser o ponto de partida por tratar-se do berço da *Common Law* – fazendo, ao longo de nossos comentários, a comparação com o desenvolvimento que os diversos institutos alcançaram no EUA, bem como, quando cabíveis, referências ilustrativas ao sistema romano-germânico.

Ainda a título de introdução, e para maior clareza, convém referir, ainda que de modo breve, os antecedentes históricos¹ do instituto contratual na *Common Law* (mais especificamente na Inglaterra). No final do século XVI, as cortes de *common law* não

¹ A esse respeito, veja-se DAVID, René. O direito inglês. Martins Fontes, São Paulo, 1997, 1ª ed., trad. Eduardo Brandão.

dispunham de nenhum *writ* (remédio) que lhes permitisse sancionar as obrigações contratuais. Os contratos, de modo geral, eram sancionados apenas pelo rei.

Entretanto, o desenvolvimento da economia obrigou as cortes de *common law* a se interessar pelos contratos. Gradualmente, através da admissão e acolhimento de ações *on the case*, passaram a considerar como delito (*tort of trespass*)² a conduta de quem, tendo assumido uma obrigação, a executava de forma defeituosa (*misfeasance*) ou não a executava (*non-feasance*). A partir da ação delitual de *trespass* desenvolveu-se pouco a pouco uma ação de natureza contratual, chamada de *assumpsit*. Isso tem conseqüências até hoje: em razão dessa origem delitual, a *common law* não determina o cumprimento da obrigação, mas apenas a indenização dos danos decorrentes da inexecução.

O direito contratual inglês foi aperfeiçoado, ainda no século XVI, pela intervenção da *equity*, que desenvolveu a possibilidade de determinar-se o cumprimento da obrigação, em certos casos, bem como desenvolveu a teoria dos vícios do consentimento, que a *common law* ignorava.

A despeito disso, até o início do século XIX, o direito inglês dos contratos era bastante rudimentar e excessivamente rigoroso. A partir daí³, iniciou o trabalho jurisprudencial, por vezes completado pela legislação (*statutes*), que começou a dar à teoria geral dos contratos os contornos que apresenta hoje.

Feitas essa breve abordagem histórica, que teve por finalidade a de, digamos, situar no tempo o objeto da exposição, passa-se, então, à primeira parte do trabalho, em que abordaremos os aspectos relativos à **formação** dos contratos no direito anglo-americano e aos elementos que impedem ou reverterem essa formação, ou seja, os **vícios do consentimento**. Depois de concluída essa parte – que contém elementos, por assim dizer, estáticos -, nos dedicaremos, na segunda parte, a analisar o aspecto mais dinâmico da questão, ou seja, os **efeitos** contratuais.

PARTE I – CARACTERÍSTICAS

A) Formação e *consideration*

² ZITSCHER, Harriet Christiane (Introdução ao direito civil alemão e inglês. Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 145) anota que “(...) na Idade Média, os remédios oferecidos pela justiça perante a quebra do contrato eram insuficientes. Os tribunais ajudaram por meio do emprego de um writ para delito. O mais antigo writ, no âmbito do delito, era o writ of trespass. Esse writ concedeu uma indenização por dano causado diretamente e com violência; para danos causados indiretamente ou sem violência não havia remédio na common law antiga. Mas, por volta do ano de 1350, o Chancellor concedeu uma nova action on the case, o trespass on the case, para estes casos, considerados semelhantes aos casos abrangidos pelo writ of trespass.”

³ Nesse período, conforme apontam KÖTZ, Hein e FLESSNER, Axel (Europäisches Vertragsrecht. J. C. B. Möhr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, p. 6), o liberalismo e o conceito subjacente de autonomia do indivíduo influenciaram a doutrina contratual na Europa: “Im 18. Und 19. Jahrhunderts ist es der Liberalismus gewesen, der die Beseitigung der traditionellen feudalen, politischen und religiösen Bindungen zu seinem Programm gemacht hat. Er hat in der Autonomie des einzelnen einen Wert von zentraler Bedeutung gesehen und deshalb gefordert, dass jedermann die Freiheit haben müsse, seinen Lebensverhältnissen eine selbstgeschaffene Ordnung zu geben und die Ziele, die er für richtig hält, so lange zu verfolgen, wie er dadurch nicht die gleiche Freiheit anderer verletzt.”

Na *Common Law*, as obrigações contratuais podem surgir de 3 modos:

1. Em primeiro lugar – e é o que normalmente ocorre – pode surgir por acordo entre as partes (*'consensual' contract*).
2. Em segundo lugar, pode surgir quando B aja em conformidade com uma promessa feita por A. O exemplo clássico apontado pela doutrina⁴ é o caso de quem, encontrando um cão perdido, o leva ao dono que prometera recompensa.
3. Por fim, pode haver simplesmente o estabelecimento, mediante um termo ou *deed*, de uma promessa, que não necessariamente deve ter caráter contratual. Com efeito, para a *Common Law*, a promessa a título **gratuito** não tem natureza contratual, já que lhe falta o elemento fundamental da contrapartida ou *consideration*, conforme veremos em mais detalhes adiante, mas, uma vez consubstanciada em um *deed*, passa a gerar responsabilidade contratual.⁵

No tocante à **forma**, os contratos no direito inglês classificam-se em:

1. *Specialty contracts* ou contratos formais, que têm forma prescrita em lei e cuja prova, portanto, depende essencialmente do instrumento escrito. Os principais casos são os de transferência de direitos reais sobre bens imóveis, fiança, cessão de crédito e, ainda, direitos do consumidor, de acordo com o Consumer Credit Act, de 1974. Nesses casos, é indispensável o recurso a um *deed*, cujas características principais são a assinatura e o selo (*contract under seal*).
2. *Simple contracts* ou contratos simples – na prática são, residualmente, todos aqueles aos quais não houver forma prevista em lei – que podem ser estabelecidos verbalmente (*orally*), por escrito (*in writing*) ou, ainda, ser deduzidos da conduta das partes (*implied by conduct*). Note-se que o direito americano, no tocante à categorização dos contratos, aproxima-se mais do modelo romano-germânico, uma vez que os contratos são enumerados no *Uniform Commercial Code (UCC)*, adotado por 49 Estados da federação (exceto a Louisiana, de tradição de direito civil).

Ainda no tocante à formação do contrato inglês, é importante que se diga algumas palavras no tocante à oferta e à aceitação. No direito inglês, a **oferta** é tida como a manifestação da vontade de comprometer-se. É importante que se referir que a oferta deve ser **clara e inequívoca**; uma declaração feita no curso de uma negociação não necessariamente será tida como oferta. A importância prática dessa distinção é clara, e é bem ilustrada pelo precedente *Harvey v. Facey*, de 1893, em que o objeto da controvérsia era a venda de propriedade denominada “Bumper Hall Pen”. Os autores

⁴ SHEARS, Peter e STEPHENSON, Graham. *James' introduction to english law*. Butterworths, Londres/Dublin/Edimburgo, 1996, 13ª ed., p. 219.

⁵ ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein (*Einführung in die Rechtsvergleichung*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, 3ª ed., p. 351) apontam que “*Der Grund für die Abneigung des Common Law, die offerte mit irgendwelchen Bindungswirkungen zu versehen, liegt in der consideration-Lehre, d.h. in dem Grundsatz des anglo-amerikanischen Vertragsrechts, wonach eine bindende Verpflichtung nur dann wirksam eingegangen ist, wenn entweder der Berechtigte seinerseits eine Gegenleistung erbracht oder versprochen hat, oder wenn die Verpflichtungserklärung in einer besonderen Urkunde ('deed') festgehalten worden ist (vgl. Dazu unten §29).*”

telegrafaram aos réus dizendo “Vocês nos vendem Bumper Hall Pen? Telegrafem o menor preço”, ao que os réus responderam “Menor preço Bumper Hall Pen 900 libras”. Os autores, entendendo que se tratava de um negócio de ocasião, telegrafaram novamente dizendo que “Concordamos em comprar Bumper Hall Pen pelas 900 libras demandadas por vocês.” A decisão do Judicial Committee of the Privy Council estabeleceu que a declaração dos réus era apenas uma declaração de preço e não uma oferta de venda, e que portanto contrato algum se havia formado.

Outro traço característico da oferta no direito inglês é o fato de que a oferta é revogável a qualquer tempo, desde que isso ocorra antes da aceitação. Já no direito norte-americano é freqüente a noção a *option contracts*, em que a oferta vincula o proponente apenas pelo período estipulado, sendo possível, ainda, o reconhecimento da perda dos efeitos da oferta em não ocorrendo aceitação em lapso de tempo razoável (*within reasonable time*).

Com relação à **aceitação**, a jurisprudência inglesa estabelece que esta exclui qualquer condição ou reserva, uma vez que, se isso acontecer, há na verdade contraproposta, ensejando o estabelecimento de um novo contrato. No tocante ao momento da aceitação – que corresponde ao momento de formação do contrato – a regra estabelecida em *Adams v. Linsell (1818)* é no sentido de que esta se dá no momento em que a carta de aceitação é postada. Transpondo-se essa regra para os dias atuais, conclui-se que o momento do **envio da aceitação** é o que corresponde à formação do contrato, sendo admissível a revogação da oferta, portanto, apenas antes disso.

No tocante à formação do contrato no direito inglês, porém, a noção mais importante é aquela de *consideration*, que poderia ser traduzida como “contrapartida” ou “contraprestação”, mas, para efeitos de precisão conceitual, utilizaremos, aqui, o termo original em inglês⁶. Assim, no direito inglês – no que foi seguido pelo norte-americano –, sendo a *consideration* um elemento essencial de formação do contrato, exclui-se do âmbito contratual todos os atos a título gratuito (exceto nos casos, acima referidos, em que estes são consubstanciados em um *deed*, que passa a ser, então, *binding and enforceable*. Nestes casos, evidentemente, também a *consideration* é dispensada). Portanto, a matéria contratual, para a *Common Law*, é essencialmente sinalagmática: sem contrapartida, não há obrigação contratual.

Apesar de ser a noção de *consideration* bastante antiga, foi definida em *Currie v. Misa (1875)* nos seguintes termos: “Uma *consideration* válida no sentido jurídico pode consistir ou em algum direito, interesse, vantagem ou benefício que aproveite a uma parte, ou em alguma tolerância, perda ou responsabilidade dada, sofrida ou empreendida pela outra.” Mais recentemente, o conceito tem sido assimilado, de forma mais concisa, ao de *price of the bargain*, ou preço do negócio. Entretanto, a noção não é tão simples como pode parecer, já que, para que haja *consideration*, diversas circunstâncias devem concorrer. Vejamos, então, as regras aplicáveis à *consideration*:

⁶ GARNER, Brian A. (*Black's Law Dictionary*. West Group, St. Paul, 1999, 7ª ed., p. 300) define *consideration* como sendo “I. Something of value (such as an act, a forbearance, or a return promise) received by a promisor from a promisee. Consideration, or a substitute such as promissory estoppel, is necessary for an agreement to be enforceable.”

1. Deve ser **real**, ou seja deve consistir em algo a que o direito atribua valor. Nesse sentido, deve consistir em uma promessa cujo cumprimento não seja **impossível** ou **ilegal**, nem em uma obrigação de natureza **vaga e indefinida**. Um exemplo jurisprudencial deste último caso é dado por *White v. Bluett (1853)*, no qual entendeu-se pela ausência de *consideration* em caso em que o pai haveria prometido ao filho um determinado montante em dinheiro acaso este parasse de “reclamar que teria sido injustamente tratado.” Em resumo, a *consideration* não pode envolver uma promessa de “fazer a coisa certa”.

2. Apesar de ter de ser real, a *consideration* não precisa ser **adequada**. A razão disso é das mais interessantes: o senso comum das cortes inglesas equipara o homem comum ao homem comercial, e este deve estar apto, então, a conduzir seus próprios negócios. Assim, as cortes inglesas não tutelarão aquele que alegar ter feito um mau negócio. Apenas haverá recurso ao judiciário quando houver desequilíbrio do poder negocial (ou de barganha) das partes, conceito assemelhado à nossa noção de hipossuficiência e prevista no *Consumer Credit Act* de 1974.

3. A *consideration* deve partir daquele que aceita (*promisee*), e não de terceiro. A relação entre *promissor* e *promisee* é normalmente designada como *privity of contract*, significando que o contrato só gera direitos e obrigações às partes contratantes.

4. Não pode ser passada (*past*). Na verdade, a *consideration* pode ser *executory* (quando a parte demonstrar que está disposta a cumprir o acordado, desde que a outra parte o faça) ou *executed* (quando a parte demonstrar que cumpriu sua parte do acordo). A distinção entre *executed consideration* (admissível) e *past consideration* (inadmissível) pode ser melhor entendida através de um exemplo, dado por *Roscorla v Thomas (1842)*: A comprou um determinado cavalo de B; algum tempo **depois** da venda, B afirmou que o cavalo era sadio; constatou-se, depois, que não o era. A moveu ação contra B com base nessa afirmação, mas, tratando-se de afirmação referente a negócio passado, a ação não teve êxito.

De qualquer forma, para analisar todos esses casos, as cortes inglesas levarão em consideração o cidadão inglês médio, noção semelhante à do *bonus pater familias* do direito romano.

Analisadas as características referentes à formação do contrato, vejamos, agora, quais são os elementos que têm o condão de impedir ou reverter essa mesma formação do contrato (conforme sejam eles *void* – nulos - ou *voidable* - anuláveis), ou seja, os vícios do consentimento.

A) Vícios do consentimento

Antes de mais nada, é importante que se diga que a teoria dos vícios do consentimento não é encontrada nas raízes da *Common Law*; na verdade, trata-se de uma construção

dos tribunais de *equity*⁷ justamente com a intenção de contrabalançar as fraquezas e de preencher as lacunas da *Common Law* em matéria contratual. Entretanto, a abordagem da *Common Law*, como veremos, é mais pragmática, e não comporta as sutilezas das teorias romano-germânicas sobre os vícios do consentimento. As principais categorias admitidas no direito inglês são as seguintes:

1. Erro (*mistake*):

Em primeiro lugar, o direito inglês descarta qualquer distinção entre erro sobre a substância ou sobre a pessoa. Os juízes ingleses (embora menos pragmáticos, nesse particular, que os norte-americanos) constroem seu raciocínio com base em indagações que eles entendem muito mais pertinentes, e sobretudo muito mais simples, que as distinções do sistema romano-germânico. Não se deve imaginar que a questão seja pacífica, mas o que importa dizer, aqui, é que o ponto básico da investigação liga-se à noção de **erro ativo**, em que o comportamento do co-contratante é sempre levado em consideração. Assim, se uma parte incorreu em erro por falha na avaliação da situação, sem participação do co-contratante, terá, de qualquer modo, de cumprir com a obrigação assumida.

2. Violência (*duress* ou *undue influence*):

Esse vício é admitido no direito inglês com reservas, admitindo-se apenas como produto de violência física ou ameaça comprovada (conceitos dados pela *common law*), ou, ainda, o abuso de autoridade ou de influência (noção decorrente da *equity*). Já os tribunais americanos são menos reticentes em anular cláusulas de um contrato que se mostrem contrárias a consciência (*unconscionable*); o conceito de *unconscionability* é reconhecido, ademais, no art. 2-302 do Uniform Commercial Code⁸, e equivale, grosso modo, à noção romano-germânica de lesão ativa.

3. *Misrepresentation (ING)* e *fraud (EUA)*

O conceito de *misrepresentation*, do direito inglês, equivale de modo geral ao de *fraud*, do direito norte-americano.

A *misrepresentation* pode ser subdividida em *innocent misrepresentation* (declarações fatuais falsas, mas não intencionais) e *fraudulent misrepresentation* (declarações de má-fé, intencionais, com o propósito de enganar a outra parte e induzi-la a contratar).

Distinta é a noção de *fraud*, mais relevante para o direito norte-americano, também subdividida em *fraud in factum* (relativa aos elementos concretos, materiais do contrato,

⁷ HENRICH, Dieter (*Einführung in das englische Privatrecht*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993, p. 28), ao discorrer sobre as máximas da *equity*, explicita que “*Equity lässt kein Unrecht ohne Sanktion, kein Recht ohne Schutz. Das scheint zunächst mehr ein Motto als ein Rechtssatz zu sein. Aus dieser Maxime wurden aber die die Rechtsbehelfe der Equity entwickelt: Specific Performance (s.u. III.1), Injunctions (s.u. III.2), vor allem aber das Recht des Treugebers (cestui que trust) gegen den Treuhänder (trustee, legal owner; s.u. III.3).*”

⁸ *In Selected Commercial Statutes*. West Group, St. Paul, 2000, p. 62.

ou seja, ao seu objeto) e *fraud in the inducement* (relativa às circunstâncias - declarações ou incitações dolosas - que levaram uma parte a contratar).

Nesse contexto, a emissão de declarações atinentes às circunstâncias envolvidas em um contrato é tida como um *collateral warranty*, no sentido de que, se uma parte for induzida a contratar por uma declaração falsa, poderá voltar-se contra o declarante a fim de pleitear a devida reparação. Tal fato é amplamente reconhecido no direito inglês, e contemplado em dois *statutes* sobre a matéria, a saber, o Unfair Contract Terms Act, de 1977, e o Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, de 1994⁹.

Deve-se fazer uma última pergunta no tocante ao conteúdo das declarações quanto aos contratos no direito anglo-americano: têm as partes a obrigação de revelar todas as informações de que dispõem no tocante ao objeto da negociação?

A resposta foi dada, no direito norte-americano, no caso *Laidlaw v. Organ (1817)*, em que se estabeleceu, no âmbito da especulação sobre o tabaco na guerra de 1812, que uma parte não é obrigada a divulgar ao seu co-contratante todas as informações que detém.

O direito inglês também reconhece, em termos gerais, meramente uma **obrigação negativa** consistente na abstenção de fazer declarações falsas. Entretanto, identifica duas categorias de contrato em que a *disclosure* é requerida: primeiro, aqueles que envolvam uma relação de confidencialidade entre as partes (o exemplo clássico é a relação cliente-advogado, cujo sigilo, entretanto, foi recentemente abalado nos EUA pela recomendação da American Bar Association, na esteira dos escândalos corporativos e do Sarbanes-Oxley Act sobre governança corporativa, acerca da prática do “whistleblowing”); e, segundo, todos os contratos que, por sua natureza, exijam informação irrestrita (chamados *uberrimae fidei* ou *of the utmost good faith*), dos quais o exemplo típico é o contrato de seguro.

Superadas, então, as questões referentes à **formação** dos contratos e aos **vícios que impedem ou reverterem** sua formação, passaremos à Segunda parte da exposição, que, conforme anunciado na introdução, tem por objeto a análise dos **efeitos** contratuais.

PARTE II – EFEITOS

Para introduzir a segunda parte do presente trabalho, é relevante mencionar que, historicamente, a essência da responsabilidade contratual no direito inglês se fundamenta na noção de que alguém que sofra um dano ou perda por haver confiado em uma promessa feita por outrem deve receber compensação. A *Common Law* não desenvolveu, como o direito romano-germânico, diferentes sanções para diferentes tipos de contratos. A razão para a ausência, na Inglaterra, sanções específicas às

⁹ Citados em MITCHELL, Catherine. “Unfair terms in consumer contracts”, in *The Law Quarterly Review*, Sweet & Maxwell, Londres, v. 116 - outubro de 2000, p. 557-62, p. 557.

particularidades de distintos tipos contratuais¹⁰ é apontada como sendo o fato de haver uma ação única (*assumpsit* – e antes do reconhecimento desta, não havia ação alguma) em caso de inexecução contratual, resultando daí que a questão, na Inglaterra, é marcada pelo que se chama “princípio da unidade”: para diferentes tipos de contratos, teremos uma consequência principal única em caso de inexecução, que vem a ser os *damages*, em suas diferentes manifestações, a serem analisadas mais adiante.

A despeito disso, é importante estabelecer, desde logo, que quatro podem ser os efeitos de um contrato: a dita *discharge of contract* pode ocorrer pela a) execução; b) acordo entre as partes; c) inexecução (*breach*) e d) frustração (*frustration*). Como as duas primeiras não se prestam a maiores indagações, vamos nos deter nas duas últimas modalidades (com efeito, a primeira, execução, é o modo regular de extinção dos contratos, e a segunda, acordo, se opera nos termos acordados pelas partes, com a peculiaridade, no direito inglês, de que se o valor da obrigação for reduzido, pode o credor, mais tarde, arrepender-se e cobrar a integralidade da dívida).

É importante notar, ainda, que, com base na doutrina do *promissory estoppel*¹¹, o comportamento das partes contratantes será sempre fortemente levado em consideração pelas cortes: de acordo com essa doutrina, ninguém pode “*respirar ao mesmo tempo o frio e o quente*”, ou seja, as partes não podem, com relação a um mesmo contrato, adotar posições contraditórias.

A) *Breach of contract*

A inexecução contratual enseja diversos tipos de remédios, a saber:

1. *Damages* (perdas e danos): Conforme dissemos, os *damages* são o remédio por excelência para a inexecução contratual na tradição da *Common Law*.

As principais regras aplicáveis aos *damages* no direito inglês são as seguintes:

- a) A quantificação dos *damages* é feita sempre com base no valor razoável que seria determinado pelo homem médio.
- b) Os danos devem sempre decorrer diretamente da quebra do contrato, e jamais se admite que sejam “remotos”. No teste proposto em *Hadley v. Baxendale (1854)* estão compreendidas duas regras: Regra I – o dano será “proximate” se decorrer

¹⁰ Essa constatação é tanto mais interessante em se tendo em mente que, no sistema na *Common Law*, “*remedies precede rights*”: conforme explicita DAVID, René. Les grands systèmes de droit contemporains. Dalloz, Paris, 2002, 11^a ed. por Camille Jauffret-Spinozi, p. 231, “*La common law a consisté à ses origines dans un certain nombre de procédures (forms of action) au terme desquelles une décision pouvait intervenir.*”

¹¹ SHEARS, Peter e STEPHENSON, Graham. Ob. cit., p. 234: “*One should add, for clarity, that ‘estoppel’ (which is primarily a rule of evidence) means refusing (stopping) to permit a person who has made a promise, or acquiesced in a state of affairs, to go back on his promise and withdraw his acquiescence.*”

“naturalmente” da inexecução; Regra II – ainda que assim não seja, poderá haver indenização por danos extraordinários desde que previstos pelas partes.

- c) No caso de cláusula estabelecendo o montante das perdas e danos em caso de inexecução, o valor deve corresponder a uma “estimativa genuína” dos *damages*; valores que excederem esse patamar serão desconsiderados.
- d) *Exemplary damages* não podem ser objeto de ação de indenização com fundamento da inexecução contratual;
- e) Os *damages* não são puramente materiais; estabeleceu-se que danos morais também são admitidos; e
- f) Deve haver inequívoco **nexo causal** entre o *default* e a perda experimentada pela contraparte.

É também interessante a noção de *mitigation of damages*: para a *Common Law* (em especial o direito norte-americano), o comportamento da parte lesada é levado em consideração: não se admite que essa, por sua conduta, acrescente elementos negativos à inexecução, de modo a agravar ou não impedir o agravamento dos danos.

Quanto aos diferentes tipos de *damages* admitidos no direito inglês e no direito norte-americano, temos, grosso modo, a seguinte classificação¹²:

No direito inglês:

- a) *General Damages*: compensação financeira;
- b) *Special damages*: lucros cessantes; despesas médicas (devidamente provados);
- c) *Nominal damages*: valor simbólico;
- d) *Contemptuous damages*: em caso de demanda abusiva, o autor recebe apenas 1 *penny*;
- e) *Exemplary damages*: em razão da conduta repreensível do réu;
- f) *Liquidated damages*: correspondente ao montante fixado no contrato para as perdas e danos; e
- g) *Unliquidated damages*: indenização determinada pelo juiz.

No direito norte-americano:

- a) *Expectancy damages*: perdas e danos experimentadas em razão da inexecução;
- b) *Reliance damages*: semelhante aos *special damages* do direito inglês; e
- c) *Restitution damages*: lucro cessante.

1. *Quantum meruit*

O segundo remédio para a inexecução é o *quantum meruit*, que corresponde a um pleito com relação a serviços prestados e não remunerados. O *leading case* é *Planché v. Colburn (1831)*, em que uma editora contratou um livro junto a um escritor por 100 libras. Depois de escrita a metade da obra, a editora abandonou o projeto, e a corte

¹² Proposta por SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Landy, São Paulo, 2001, trad. Renata Maria Parreira Cordeiro, p. 125.

inglesa determinou que o escritor fazia jus ao recebimento de 50 libras. É importante notar, porém, que a falta de cumprimento integral da obrigação pelo autor não enseja *quantum meruit*: se um pedreiro construir a metade de um muro e interromper o serviço, não fará jus à metade do valor acordado.

Por fim, é digno de nota o fato de que o *quantum meruit* não se aplica unicamente no âmbito da inexecução contratual, mas também nos casos em que um serviço é prestado sem que haja prévio acordo entre as partes quanto à contraprestação. Pode parecer à primeira vista que em uma tal situação estaria ausente a *consideration*, de que falamos antes, e portanto não haveria falar em contrato; entretanto, é oportuno esclarecer que a *Common Law* admite a formação de contrato sem preço, desde que os demais elementos do contrato denotem a existência do sinalagma (lembramos que, para os contratos simples, a forma é razoavelmente livre). A contradição, pois, é apenas aparente.

1. *Specific performance e injunction*

Conforme dissemos acima, a *common law* originalmente admite apenas a indenização em dinheiro pelas perdas e danos verificadas em razão da inexecução contratual. Entretanto, a *equity* desenvolveu, para casos excepcionais¹³, as noções de *specific performance* e de *injunction*. Com efeito, sendo a Court of Chancery um tribunal de “conscience”, com maior margem de discricionariedade, tais remédios são concedidos quando for “justo” (*fair*), por oposição aos danos, remédio de *common law*, que são concedidos como um “direito” (*right*).

Specific performance: é a ordem judicial que determina a uma parte que cumpra suas obrigações contratuais. Aplicam-se as seguintes regras:

- a) Não se aplica quando a *common law* proporcionar um remédio adequado (ou seja, tem função supletiva);
- b) Não se aplica na ausência de *mutuality*, ou seja, quando as partes não estejam em igualdade de condições. Não haverá, assim, *specific performance* em promessas gratuitas.
- c) Não há *specific performance* em caso de contratação de serviços pessoais. Tal orientação jurisprudencial foi refletida recentemente no *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*, de 1992; e
- d) A corte pode conceder perdas e danos em vez da execução específica se julgar adequado (“*thinks fit*”, de acordo com o *Chancery Amendment Act de 1858 – Lord Cairns’ Act*).

Injunctions: são “proibitivas”, isto é, determinam que se cumpra obrigação de não fazer. Também não se aplicam em caso de “serviços pessoais” (cfe. Act de 1992 acima citado), para evitar que, p. ex., um contrato de exclusividade resulte em que a parte “morra de

¹³ TREITEL, GUENTER H. Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved). International Encyclopedia of Comparative Law, v. VII, capítulo 16, 1976, p. 17: “*The basic approach of Anglo-American Law is that the primary remedy for breach of contract is an action for money compensation called damages, and specific enforcement is only exceptionally available.*”

fome”, ou “starve”, como foi dito no *leading case Lumley v. Wagner (1852)*, em que se tratava da exclusividade de uma cantora com relação a uma casa de espetáculos. Nesse caso, a *injunction* foi concedida, mas apenas sob a condição de não causar tal prejuízo à cantora.

Também podem ser substituídas por *damages*.

1. *Rescission e rectification*

Finalmente, outros dois “equitable remedies” são a *rescission* e a *rectification*.

Rescission: Uma corte de *equity* pode determinar a rescisão quando as circunstâncias demonstrem que não seria razoável manter o contrato.

Rectification: Aplica-se quando o contrato, por erro mútuo, não reflete o acordo efetivamente havido entre as partes. Quando o erro for unilateral, a aplicação do remédio será mais rara, somente em casos de grave injustiça.

Encerrados os comentários referentes aos *damages*, passa-se a comentar o entendimento consagrado no direito inglês sobre eventos imprevistos que impeçam a execução do contrato, ou seja, a *frustration*.

B) *Frustration*

Os exemplos clássicos citados pela doutrina inglesa são doença, acidente, guerra, interferência de terceiros ou legislação posterior que torne ilegal o objeto do contrato.

Havendo isso, o que ocorre com o contrato? A jurisprudência original era estrita: em *Paradine v. Jane (1647)*, em que o autor buscava exonerar-se de aluguel dizendo que a propriedade havia sido invadida por um príncipe alemão (Prince Rupert) e por ele ocupada durante 4 anos. A corte declarou que a parte deveria ter incluído previsão contratual expressa nesse sentido.

Essa orientação foi alterada somente em *Taylor v. Caldwell (1863)*, envolvendo concertos contratados para um teatro que acabou sendo destruído pelo fogo. Nesse caso, a corte decidiu que a existência do teatro era um elemento básico sobre o qual se fundava o contrato, e que portanto sua execução havia sido “frustrada” pelo incêndio.

A *frustration* baseia-se não em circunstâncias que tornem o contrato mais oneroso (como ocorre com a cláusula *rebus sic stantibus* e nossas modernas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva), mas na total destruição das bases contratuais. Exemplo disso é dado em *Tsakiroglou & Co. Ltd. V. Noble and Thorl GmbH (1962)*, em que transporte marítimo até Hamburgo foi contratado, mas sem definição de data de entrega. Nesse caso, o fechamento do Canal de Suez em 1956 (obrigando o navio a tomar uma rota mais longa) não foi entendido como causa de *frustration*, mas é claro que, se houvesse data definida para a entrega, o entendimento da corte teria certamente sido no sentido inverso.

A afirmação acima, de que não há *frustration* em caso de execução excessivamente onerosa, mas não impossível, deve ser entendida com reservas, já que os contratos na *Common Law* usualmente incluem a cláusula padrão de *hardship*, que prevê a necessidade de revisão contratual se sua execução se tornar excessivamente onerosa.

Nesse sentido, convém notar que os contratos na *Common Law* usualmente prevêem uma cláusula padrão de “*severability*”, que determina que a nulidade ou frustração de uma ou mais cláusulas não prejudicam o instrumento como um todo.

As regras aplicáveis à doutrina da *frustration*, além da antes mencionada, são basicamente as seguintes:

- a) O evento não pode ser um que as partes tenham previsto. Assim, se um construtor concordar em construir uma casa no sopé do Matterhorn, a despeito do risco de avalanches, não poderá alegar *frustration* se isso ocorrer;
- b) A *frustration* não pode, evidentemente, ser “auto-induzida” (*self-induced*);
- c) O evento deve destruir a raiz do contrato. Nesse particular, é célebre o caso *Krell v. Henry (1903)*, em que foi reconhecida a *frustration* de um contrato de locação de um apartamento com a finalidade de assistir à procissão de coroação do rei Edward VII em razão do cancelamento da mesma em razão de doença do monarca.

CONCLUSÃO

Para concluir, pode-se dizer que, conforme vimos, os contratos no direito inglês, assim como suas derivações norte-americanas, obedecem a regras próprias do sistema da *Common Law* no tocante à sua formação e aos seus efeitos.

Quanto à formação, vimos que os contratos podem ser *simple* ou *specialty*, admitindo-se, para os primeiros, forma livre (verbal, escrita ou deduzida da conduta das partes). Não há contrato sem *consideration*, e portanto essa noção se revela essencial para o entendimento da teoria geral dos contratos na *Common Law*. Os vícios do consentimento são uma construção da *equity*, e alcança uma abordagem muito mais pragmática, com menos sutilezas na diferenciação, do que no sistema romano-germânico.

No tocante aos efeitos, 4 podem ser as formas de extinção de um contrato (*discharge of contract*): a) execução; b) acordo entre as partes; c) inexecução (*breach*) e d) frustração (*frustration*). As duas primeiras são, digamos, modos “regulares” de extinção; quanto ao *breach*, os *damages* são a forma de reparação por excelência na *common law*, podendo as partes recorrer, em casos excepcionais em que tal medida se afigure a única justa, aos tribunais de *equity*, com vistas à execução da obrigação. A *frustration* ocorre apenas quando o cerne do contrato por destruído pelo evento imprevisto, e não quando sua execução se tornar mais onerosa; entretanto, há que se considerar o uso freqüente da cláusula padrão de *hardship*, que de modo geral equivale às nossas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva.

Assim, em resumo, ao jurista habituado ao instituto contratual no sistema romano-germânico, é recomendado atentar para todos esses traços característicos, fim de preservar-se o correto entendimento do consenso almejado pelas partes e, depois, e talvez principalmente, a adequada execução do contrato, em especial quando tratar-se de contratos internacionais envolvendo partes que, no mais das vezes, provêm de ambientes com culturas jurídicas distintas. A importância prática do domínio desses conceitos, em especial em um ambiente de crescente globalização em que contratos internacionais são firmados em profusão, é, portanto claríssima.

Por fim, e tendo em vista essa premissa, não se deve perder de vista que, a despeito de todas as distinções metodológicas e conceituais entre os diferentes sistemas jurídicos (e, mesmo, como vimos, diferenças, por assim dizer, “intra-sistêmicas”), as exigências do comércio internacional acabam determinando uma busca cada vez mais intensa de soluções uniformizadoras, que vêm sendo adotadas em maior ou menor grau pelos diversos países, inclusive por aqueles que foram objeto de nossos comentários.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido. Il contratto nel common law inglese, Cedam, Pádua, 1997, 2ª. ed..

BURTON, Steven J. Principles of contract law. West Publishing Co., St. Paul, 1995.

DAVID, René. Les grands systèmes de droit contemporains. Dalloz, Paris, 2002, 11ª ed. por Camille Jauffret-Spinozi.

_____. O direito inglês. Martins Fontes, São Paulo, 1997, 1ª ed., trad. Eduardo Brandão.

EDLIN, Aaron S. e SCHWARTZ, Alan. “*Optimal Penalties in Contracts*”, in Chicago-Kent Law Review, nº 78-1, Chicago, p. 33-54, maio de 2003.

FARNSWORTH, Allan. E.. “*Contract Scholarship and The Reemergence of Legal Philosophy*”, in Harvard Law Review nº 97, Cambridge, p.1223, 1984.

GARNER, Brian A.. Black’s Law Dictionary. West Group, St. Paul, 1999, 7ª ed..

GLENN, H. Patrick. Legal Traditions of the World. Oxford University Press, Oxford, 2000.

HENRICH, Dieter. Einführung in das englische Privatrecht. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993.

KÖTZ, Hein e FLESSNER, Axel. Europäisches Vertragsrecht. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.

MITCHELL, Catherine. “*Unfair terms in consumer contracts*”, in The Law Quarterly Review, Sweet & Maxwell, Londres, v. 116 - outubro de 2000, p. 557-62.

ROHWER, Claude D. e SKROCKI, Anthony M. Contracts. West Group, St. Paul, 2000, 5ª ed..

SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. RT, São Paulo, 2001, trad. Véra Jacob de Fradera.

Selected Commercial Statutes. West Group, St. Paul, 2000.

SÉROUSSI, Roland. Introdução ao direito inglês e norte-americano. Landy, São Paulo, 2001, trad. Renata Maria Parreira Cordeiro.

SHEARS, Peter e STEPHENSON, Graham. James' introduction to english law. Butterworths, Londres/Dublin/Edimburgo, 1996, 13ª ed..

SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direito dos EUA. RT, São Paulo, 1999, 1ª ed., 2ª tiragem.

TREITEL, GUENTER H. Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved). International Encyclopedia of Comparative Law, v. VII, capítulo 16, 1976.

ZITSCHER, Harriet Christiane. Introdução ao direito civil alemão e inglês. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, 3ª ed..