

# Responsabilidade civil contratual e o Direito Norte-Americano

*Roque Antonio Mesquita de Oliveira*<sup>1</sup>  
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

## 1. Introdução

A responsabilidade no Direito Norte-Americano é conhecida em inglês como *liability* – termo que designa tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual. Para esta última também é utilizada a expressão *tortious liability*.

No Direito Norte-Americano o estudo da responsabilidade civil apresenta uma peculiaridade diversa daquela que caracteriza o Direito Brasileiro, considerando que a cultura norte-americana é mais pragmática e realista, o que leva as pessoas a serem mais abertas e honestas quando se vinculam às outras através de um acordo de vontades.

Quando alguém é lesado pelo inadimplemento ocorre a chamada *loss distribution*, que pode ser entendida como distribuição das perdas, ou seja, as perdas suportadas pelo lesado devem ser distribuídas ao agente causador do dano ou mesmo a um terceiro, caso, por exemplo, do contrato de seguro.

## 2. A punição como um caráter simbólico

Outro aspecto interessante no direito da *Common Law* é a existência da punição da conduta ilícita, conhecida como *punishment of wrongful conduct*, a qual tem um caráter mais simbólico de punição para o agente causador do dano (*damages*), sendo usual que o lesado faça jus aos punitive damages, que nada mais são do que indenizações

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

punitivas ou exemplares que não visam atuar como compensatórias da perda sofrida, mas como um sobre valor com vistas a punir o ilícito perpetrado, ou seja, além daquilo que é devido em face do dano, fixar um valor que tenha por escopo o desencorajamento de condutas posteriores semelhantes àquela que motivou a busca do Poder Judiciário.

No Direito Brasileiro não existe esse tipo de providência, o que deve ser motivo de reflexão dos nossos juristas a fim de se alcançar a possibilidade de propor a sua instituição, motivando o Poder Legislativo para a elaboração da respectiva lei. Essa providência, ao meu sentir, além do seu aspecto jurídico propriamente dito, terá grande repercussão nos aspectos social e econômico.

É certo que o art. 884 do Código Civil obsta o enriquecimento sem causa e esta norma pode servir de pretexto para que as *punitive damages* não sejam reconhecidas no Direito Brasileiro. Todavia, há que se encontrar uma fórmula de compatibilizar essa teoria com o referido dispositivo, uma vez que a finalidade é apenas a de educar a pessoa para que ela se sinta desmotivada a repetir a conduta violadora do pacto e assim prevenir novo comportamento danoso. Evidente o estrito caráter pedagógico da referida teoria.

E essa providência está em harmonia com o pensamento de Bentham, que defendia a tese de que “o Direito é um instrumento para se perseguir quaisquer funções sociais consideradas desejáveis dentro de uma sociedade” (GALLIGAN, D.J. *Law in modern society*. Oxford University Press, p. 193, 2007, apud ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. A função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro e no sistema da common law. In: GUERRA, Alexandre; Benacchio, Marcelo (Coord.). *Coletânea sobre direito imobiliário brasileiro*.

### 3. A qualificação das obrigações no Direito Brasileiro

Apenas com o escopo de melhor ilustrar este trabalho com foco na responsabilidade civil no Direito Norte-Americano é de rigor considerar que no Direito Brasileiro, antes de se determinar qual será o direito aplicável à relação jurídica o aplicador da lei deverá definir se existe um contrato ou um ato jurídico puro e simples. O processo de qualificação envolve um conjunto de operações descritivas de divisão, síntese e conceituação jurídicas, necessário ao enquadramento da matéria à categoria geral contemplada na norma de regência. Contrato, como se

sabe, é noção jurídica, e não de fato, assim também a responsabilidade extracontratual. Fatos não trazem, em si, qualificação jurídica; apenas os institutos jurídicos, que necessitam, pois, de qualificação.

Para o Direito Brasileiro, a qualificação opera-se segundo a *lex fori*, ou seja, conforme a própria lei brasileira. Porém, o sistema comporta duas notáveis exceções, que afastam a *lex fori* para realizá-la conforme a *lex causae*. A primeira exceção diz respeito aos bens (art. 8º, caput, da LNDB) que são qualificados segundo a lei do país em que estiverem situados. Confira-se: “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”. A *lex rei sitae*, portanto, é que dirá se os bens são públicos ou privados, móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis etc. A segunda exceção diz respeito às obrigações (art. 9º, caput, da LNDB) e ordena que sua qualificação obedeça a lei do país em que se constituírem.

#### 4. Considerações sobre o Direito Norte-Americano das obrigações

O Direito Norte-Americano, diversamente do nosso, foi construído com base em precedentes judiciais, como sua maior fonte de inspiração: o *common law* inglês. Em virtude de contingências históricas relacionadas à formação dos Estados Unidos, o papel do legislador cresceu significativamente, resultando na inserção de inúmeras disposições estatutárias (*statutes*) em domínios antes reservados exclusivamente à criação jurisprudencial.

Na tradição do *common law*, em geral, e do Direito Norte-Americano, em particular, há grande resistência à categorização dos institutos jurídicos, de modo inverso ao que ocorre no direito brasileiro, de tradição romano-germânica.

No entender de J. H. Merryman (*The Civil Law Tradition*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985. p. 90-91.):

Uma das características mais marcantes da civil law tradicional é o alto grau de ênfase e confiança na validade e utilidade formal das definições e distinções. Enquanto os advogados da “*common law*” tendem a raciocinar na divisão da lei como uma convenção, isto é, como produto de uma mistura

de história, conveniência e costume, a *influência* dos juristas, e particularmente da ciência jurídica, têm direcionado os advogados da “*civil law*” a tratar da questão da divisão da lei em termos mais normativos. Quando aprimorados cientificamente, eles são incorporados em uma reconstrução sistemática da lei que é o objeto da ciência jurídica. Portanto, a descrição se funde com a prescrição. A ênfase dos juristas no sistema, abstração, formalismo, e pureza amplia o aparente impacto oficial das distinções e definições da ciência jurídica. As definições e categorias se tornam parte da estrutura jurídica sistemática que são empregadas por juristas, pensadas por estudantes de direito e assim incorporadas ao direito.

Mormente no direito privado, regras de conduta são classificadas e estudadas da perspectiva da resolução de problemas concretos, seguindo a origem pretoriana do *common law*. Em suma, o civilista norte-americano não confere caráter normativo às categorizações, como se faz aqui no Brasil. Segue a regra da conveniência e a ética dos julgados.

Daí porque, em primeiro lugar, o direito das obrigações norte-americano, mesmo quando compilado sob a forma de um código, como no estado de Nova York ou no *Restatement (Second) of Contracts*, divide-se em categorias muito distintas das que conhecemos. Naturalmente, isso também ocorre com os manuais de *contract law* e de *tort law* (responsabilidade civil), cujos capítulos correspondem, de modo geral, aos fatos da vida sobre os quais existe uma regra estabelecida.

Em outras palavras: jamais se encontrará no direito de Nova York uma codificação ou classificação dos contratos à brasileira, de inspiração europeia continental. Consequência disso é que temas qualificados no direito brasileiro como pertinentes à responsabilidade civil integram os manuais de *contract law*. E, ao reverso, temas contratuais são ensinados no bojo do *tort law*, revelando que a responsabilização civil é mais abrangente e flexível que no direito pátrio, podendo ser tanto contratual como extracontratual.

Nos Estados Unidos, são os princípios do *common law* que disciplinam os contratos. Não há, como aqui, um direito civil uniforme, co-

dificado pelo legislador federal, que regule o direito contratual geral. Aliás, pela própria conformação política do país, cada um dos 50 estados norte-americanos é competente para editar suas próprias normas de direito civil e dos contratos.

Na ausência de um regramento nacional dos contratos, advogados, juizes, árbitros e professores recorrem a diversas fontes para identificar o direito vigente. Em primeiro lugar, pontifica o *Restatement (Second) of Contracts*. Trata-se do repositório de princípios e normas do common law mais autorizado e citado nos Estados Unidos, em juízo e fora dele. Em segundo lugar, e apenas para espécies contratuais frequentemente utilizadas no comércio interestadual, como a compra e venda de mercadorias (*sale of goods*) e a locação (*lease*), a maioria dos estados norte-americanos, entre eles o de Nova York, pragmaticamente aderiu ao *Uniform Commercial Code (UCC)*.

Segundo o *Restatement*, contrato define-se de modo amplo, como “uma promessa ou conjunto de promessas para cujo descumprimento o direito provê um remédio, ou cuja execução o direito de algum modo reconhece como um dever”. Como exemplo temos o contrato de mútuo (*loan agreement*), o qual é definido pela *Court of Appeals* – o mais importante tribunal do estado de Nova York – da seguinte maneira:

Um mútuo é definido no *Webster's New Twentieth Century Dictionary (1964)* como algo fornecido para utilização temporária a uma pessoa mediante sua solicitação, sob a condição de ser restituído, ou o seu equivalente, com ou sem remuneração pelo seu uso.

O inadimplemento de um contrato de mútuo corresponde ao *breach of contract* do direito contratual em vigor no estado de Nova York, sendo matéria compilada no *Restatement* e contida em todos os manuais norte-americanos de *contract law*.

Para a jurisprudência de Nova York, o inadimplemento do mútuo insere-se no domínio do direito contratual, por exemplo, o famoso caso *The Chase Manhattan Bank v. Motorola Inc.* julgado pela *United States District Court, S.D., New York*.

## 5. A boa-fé na relação contratual norte-americana

Quanto à boa-fé e à lealdade negocial, o *Restatement* cuida destes temas no § 205, estabelecendo que “todo contrato impõe a cada uma das partes um dever de boa-fé e lealdade negocial no seu cumprimento e na sua execução”. Os comentários são feitos como segue:

Significados da boa-fé. Boa-fé é definida no Uniform Commercial Code §1 - 201 (19) como “a honestidade, de fato, na conduta ou na transação respectiva. “No caso de um comerciante Uniform Commercial Code § 2-103(1)(b) prevê que boa-fé significa honestidade, de fato, e observância de padrões comerciais razoáveis de lealdade negocial naquele ramo de comércio. A expressão ‘boa-fé’ é utilizada em vários contextos, e seu significado varia de acordo com o contexto. A boa-fé no cumprimento ou execução de um contrato enfatiza a fidelidade a um propósito comum previamente acordado e consistência com as expectativas justificadas da outra parte; exclui vários tipos de conduta caracterizados como ‘má-fé’ porque estas condutas violam padrões ordinários de decência, justiça e razoabilidade. O remédio apropriado para a violação do dever de boa-fé também varia de acordo com as circunstâncias.

A boa-fé, segundo a jurisprudência norte-americana, constitui obrigação implícita (*implied covenant*) em todos os contratos regidos pelo direito do estado de Nova York, como se vê, por exemplo, no caso paradigmático *Village on Canon v. Bankers Trust Co.*, julgado pela *United States District Court, S.D., New York*.

## 6. O enriquecimento sem causa no Direito Americano

Trata-se de matéria ínsita à relação contratual entre as partes, segundo o direito de Nova York e neste ponto o direito aplicável contrasta com o direito brasileiro, pois classifica o tema sob a categoria de restituição (*restitution*) e cria-lhe uma ficção legal denominada “contrato

implícito segundo a lei” (*contract implied in law*), assim caracterizada no *Restatement (Second) of Contracts*:

§ 2.20. Natureza e Papel da Restituição. Finalmente, voltamo-nos para a possibilidade de o pleito de uma parte basear-se no enriquecimento sem causa da outra parte – uma espécie de pleito dignificada por uma ficção como a baseada em um contrato implícito segundo a lei... Pleitos pecuniários fundados na ideia de restituição continuam a ser deduzidos, contudo, em várias outras situações nas quais uma parte estaria alegadamente enriquecendo injustamente se autorizada a reter, sem pagar por isso, algum benefício que lhe tenha sido conferido [...].

Segundo a jurisprudência dos tribunais de Nova York, existindo contrato entre as partes, qualquer discussão sobre o enriquecimento sem causa de uma delas há de se conter nos limites da relação contratual, sendo vedado formular pleito autônomo, sujeito a regime jurídico diverso.

## 7. O dever de informar no Direito Americano

O dever de informar está incluído no dever geral de boa-fé e tem natureza contratual, sendo tratado pelo *Restatement (Second) of Contracts* da seguinte maneira:

§ 161. Quando a violação do dever de informar é equivalente a uma assertiva. Definição: a omissão, por uma pessoa, de um fato por ela conhecido é equivalente a uma assertiva de que tal fato não existe, apenas nos casos seguintes: (a) quando a pessoa sabe que a divulgação do fato é necessária para evitar que uma prévia afirmação configure erro ou esteja eivada de fraude ou falsidade; (b) quando a pessoa sabe que a divulgação do fato corrigiria um erro da outra parte em relação a promessa básica na qual a outra parte se baseou para

contratar e se a omissão do fato equivale a uma quebra do dever de agir de boa-fé e segundo padrões razoáveis de lealdade negocial; (c) quando a pessoa sabe que a divulgação do fato corrigiria um erro da outra parte em relação ao conteúdo ou efeitos de um escrito, que evidencie ou corporifique um contrato, no todo ou em parte; (d) quando a outra pessoa tem o direito de conhecer o fato em virtude da relação de confiança entre elas.

## 8. A doutrina da “*economic loss*”

Ela foi construída a partir de célebre decisão da Suprema Corte norte-americana segundo a qual não é lícito à parte basear seu pleito de comportamento negligente nas regras de responsabilidade civil (*tort law*) quando, entre ela e o suposto autor do dano existir uma relação contratual. O *tort* do direito anglo-saxão equivale à responsabilidade extracontratual do direito civil continental, mas não exclui a responsabilidade derivada de uma relação contratual. Observe-se que a responsabilidade civil não tenciona compensar as partes por prejuízos sofridos em virtude do descumprimento de deveres assumidos exclusivamente por contrato. Para obter compensação com base na responsabilidade civil, o autor deve alegar fatos que demonstrem o descumprimento de algum dever imposto por lei, em vez de imposto no contrato entre as partes, e deve haver demonstração de prejuízo que seja distinto das expectativas frustradas que se originam apenas do contrato.

## 9. Conclusão

O Direito anglo-americano é baseado na evolução da sociedade inglesa, que não sofreu rupturas em seu processo histórico, ao contrário do que ocorreu com o Direito oriundo do sistema romano-germânico, que se instalou em países que apresentaram rupturas nesse processo, representadas pelas revoluções, cujo exemplo maior é a Revolução Francesa.

Por serem baseados em povos e culturas diferentes, cada um dos sistemas jurídicos desenvolveu características próprias, adaptando-se às novas realidades e aos novos campos sociais de aplicação. As situações novas apresentavam novos desafios aos juristas da *common law*.

Este trabalho teve como escopo mostrar uma pequena comparação entre o Direito Brasileiro e o Direito Norte-Americano, com foco na responsabilidade civil contratual, esperando, com isso, provocar reflexões para o aprimoramento dos estudos referente a este instituto tão importante do Direito Civil.

## Bibliografia

ANDREWS, Neil. *Direito contratual na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BRANDELLI, Leonardo. *Estudos de direito civil, internacional privado e comparado: coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera*. São Paulo: Universitária de Direito. 2014.

COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brasil and United States*. Birmingham: Samford University Press, 2006.

DAVID, Rene. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado (Parte Especial) – contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. II.

FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

GALLIGAN, D. J. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GLENN, H. P. *Legal traditions of the world – sustainable diversity in law*. New York: Oxford University Press, 2000.

MERRYMAN, J. H. *The civil law tradition*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. A função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro e no sistema da common law. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Coletânea sobre direito imobiliário brasileiro*.

ROBERTSON, A. H. *Characterization in the conflict of laws*. Cambridge: Harvard University Press, 1940.

RODAS, J. GRANDINO. Elementos de conexão do direito internacional privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, Grandino (Coord.) contratos internacionais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VETRI, D.; LEVINE, L. C.; FINLEY, L. M. *Tort Law and practice*. 3. ed. LexisNexis, 2006.