



Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito do Largo de São Francisco
DCV0521 - Questões Atuais de Direito Privado I
Professor Titular Fernando Campos Scaff

Discentes:

1. Caio Vinicius Martins Alves - NUSP 10706315
2. Raphaela Carvalho Souza Maringoli - NUSP 10706805
3. Sergio Coelho de Azevedo Junior - NUSP 10776572

Handout - Grupo 10

Texto: ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, London, Oxford, 1996, pp. 559-576.

1. O consenso como a base do contrato no Direito Moderno

- 1.1. Os conceitos de forma e causa não são essenciais para o conceito moderno de contrato. O consenso forma a base do direito contratual moderno.
- 1.2. Nem todo consenso é relevante. O consenso deve se relacionar com o adimplemento.
- 1.3. O mero acordo de vontades não é suficiente para formar um vínculo obrigacional. A vontade precisa ser declarada. São necessárias duas declarações de vontade para a formação dos contratos: proposta e aceitação.
 - 1.3.1. O problema dos contratos *inter absentes*: como as declarações de vontade ocorrem em sucessão, até que ponto o proponente está vinculado à proposta? Quais são os efeitos jurídicos de uma declaração de vontade enquanto elemento de uma transação ainda incompleta? No direito alemão, por exemplo, a oferta vincula. No estadunidense, não.
 - 1.3.2. A oferta e a aceitação são compostas de dois elementos essenciais: “intenção” e “declaração”. Qual deve prevalecer? O que mais importa é a intenção das partes ou o que foi efetivamente declarado?

2. A contribuição romana

- 2.1. O direito romano se construiu a partir da casuística, e não de conceitos abstratos. Muitos conceitos jurídicos modernos podem ter sua origem traçada até as fontes romanas, embora lá constem de maneira difusa e mal definida, além de, por vezes, passarem por uma série de mudanças ao longo da evolução do direito romano (do pré-clássico ao justinianeu).
- 2.2. *Contractus*

- 2.2.1. “Contratar” deriva de “*contrahere*” (contrair). O que se “contrai” juridicamente é responsabilidade, amplamente considerada.
 - 2.2.2. Gaius deu ao termo um significado mais preciso, ao distinguir as obrigações em *ex delicto* e *ex contractu*. O contrato então passou a significar “transação executável de acordo com o *ius civile*”. Depois, o termo passou a abranger os contratos inominados. No entanto, não há definição amplamente aceita nas fontes.
- 2.3. *Pacta*
- 2.3.1. Termo ambíguo. Inicialmente, referia-se à transação por meio da qual alguém que cometeu um delito “comprava” da parte lesada o seu direito de apreensão do bem (*right of seizure*). Poderia se referir ao *pactum de non petendo*, uma espécie de renúncia informal (*informal release agreement*).
 - 2.3.2. O termo *pacta*, ainda, pode se referir a avenças que, se adicionadas a contratos de *iudicium bonae fidei*, poderiam ser executadas indiretamente. São os chamados *pacta adiecta*.
 - 2.3.3. Por fim, e mais importante, o termo se referia a todas as avenças informais que não eram independentemente executáveis. No entanto, a distinção entre contrato e pacto com o tempo perdeu o sentido.
- 2.4. *Conventio*
- 2.4.1. “*Convenire*” significa “vir junto”. O termo “*convenire*” seria um termo mais amplo, que abrange pacto e contrato, ou um elemento indispensável, contido em cada pacto ou contrato. As fontes parecem indicar o último.
 - 2.4.2. Nas fontes, o termo funciona mais ou menos como um sinônimo de “consenso”.
- 2.5. *Consensus*
- 2.5.1. Não há definição no Digesto. Refere-se a uma atitude subjetiva (*voluntas* ou *animus*) ou às declarações (formais ou informais) feitas pelas partes? O que prevalece é a vontade ou a forma?
 - 2.5.2. No direito pré-clássico, a forma era o único elemento relevante. No direito clássico isso muda, pois os contratos consensuais não demandavam forma específica, eram baseados apenas no consenso. Essa intenção, no entanto, precisava ser manifesta, isto é, externalizada. De todo modo, é o desejo concorrente das partes que forma o principal elemento do contrato.
 - 2.5.2.1. O problema do erro ilustra a adoção dessa linha pelo direito romano clássico: o contrato não se formava caso uma das partes tenha errado sobre coisa essencial, o que ilustra a relevância da vontade para a formação do contrato.

2.5.2.2. O consenso é a base não só dos contratos consensuais, mas também dos outros contratos.

2.5.3. No direito bizantino, surge a doutrina da vontade. Nesse contexto, ocorre a internalização das obrigações contratuais, segundo a qual a natureza obrigatória dos contratos decorre do consenso.

3. *Conventio, pactum e contractus no ius commune*

3.1. Trata do debate quanto ao termo mais adequado para utilizado genericamente pelos Direito Contratual.

3.1.1. Na França, passou-se a usar principalmente o conceito de “*conventio*”, ao passo que os holandeses e alemães usavam o termo “*pactum*” .

3.1.2. O autor questiona se ainda faz sentido uma diferenciação entre os termos na medida em ambos são baseados no consenso. Desse modo, entende que é necessário repensar a responsabilidade contratual - como realizado pelos teóricos do direito natural.

4. As ideias de Domat e Pothier

4.1. Domat conceitua os contratos como compromissos que se formam pelo consentimento mútuo de duas ou mais pessoas que fazem uma lei entre si para executar o que prometem.

4.1.1. O consenso é tido como elemento constitutivo do direito contratual generalizado.

4.1.2. Domat não distinguia entre proposta e aceitação.

4.2. Já Pothier foi capaz de distinguir oferta de aceitação, na medida em define o contrato como o concurso de vontade entre duas pessoas, no qual uma promete algo a outra que, por sua vez, aceita o prometido.

5. Grotius, Pufendorf e Wolff

5.1. No sistema de direito natural desenvolvido por Grotius, a categoria fundamental não era o contrato, quiçá o consenso, mas sim a promessa unilateral.

5.1.1. A promessa vinculante tinha efeito de “*alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis*”, graças ao fato de que a promessa fora legitimada pela vontade do alienante.

5.1.2. Ademais, traz os conceitos de “*signum volendi*”, exigindo-se uma manifestação externa da vontade, e uma “*acceptatio*” da parte que , recebeu a promessa para que a promessa seja vinculante.

5.2. Pufendorf, por sua vez, estabeleceu como categoria principal o *pactum*, ao passo que Wolff introduziu o termo “*Vertrag*” para tratar de acordos verbais.

5.2.1. Ademais, Wolff enfatizou o consenso como a base e a razão das obrigações contratuais.

- 5.2.2. Pufendorf, como reflexo de seus estudos nos pontos assinalados por Grotius, entendeu haver dois consensos: um para cada parte do contrato.
 - 5.2.2.1. Desse modo, tem-se duas declarações de vontade que são essenciais para a formação de um contrato.
 - 5.2.2.2. A junção dessa teoria com a teoria consensual de Wolff é um dos grandes legados do direito natural ao direito contratual moderno.

6. A formação do contrato no Direito Inglês

- 6.1. Ciência jurídica inglesa e continental
 - 6.1.1. Fala-se, aqui, da influência vista não só no continente europeu
 - 6.1.2. Influência de Pothier, Domat, Pufendorf, etc. no direito contratual inglês a partir do século XIX.
 - 6.1.2.1. Elaboração de tratados que continham princípios, regras e conceitos gerais, de modo semelhante ao que ocorria no civil law.
- 6.2. A análise do contrato.
 - 6.2.1. Os escritos modernos sobre a formação do contrato analisam a oferta, aceitação e intenção, de forma a criar uma *“doctrine of consideration”*.
 - 6.2.2. A análise do contrato como uma forma legal de transição formada por oferta e aceitação foi sobreposto sobre a *“doctrine of consideration”* durante o século XIX, por autores que começaram a adorar a *“civilian doctrine”*.
 - 6.2.3. O critério descrito serviria para distinguir acordos legais de extralegais.
 - 6.2.3.1. Considerando que todas as obrigações contratuais são o produto de vontades em comum das partes contratantes, não necessariamente todo acordo deve ter juridicamente válido ou executável.
 - 6.2.3.2. Se um acordo terá ou não consequências jurídicas depende da intenção das partes.
 - 6.2.4. Assim, a doutrina de que um acordo vinculante deve ser acompanhado pela vontade em comum das partes para criar uma relação jurídica data, segundo a *“civilian doctrine”*, dos glosadores.

7. Contract and pollicitatio

- 7.1. De Promessa ao Contrato.
 - 7.1.1. Mais relevante do que as doutrinas individuais é que, durante o século XIX, os contratos surgiram como base para o sistema do direito das obrigações.

- 7.1.2. As obrigações contratuais eram aquelas que surgiam de atos voluntários de vontade, de forma que tudo que fugia a essa regra poderia ser encaixado como “ato ilícito” ou “quasi-contract”.
- 7.1.3. No entanto, o *common law* estava primordialmente preocupado com a responsabilidade da promessa, de forma que a “promessa” e a “violação da promessa” tornaram-se de grande relevância.
- 7.2. *The smoke ball case*
 - 7.2.1. Durante a epidemia de influenza na Inglaterra, a *Carbolic Smoke Ball Co.*, que produzia um produto vendido como solução para tal enfermidade, lançou um anúncio no jornal na qual prometia o pagamento de certa quantia em dinheiro para quem contrair influenza (ou qualquer doença viral) após utilizar o seu produto.
 - 7.2.2. A Sra. Carlill usou o produto conforme recomendado e contraiu a influenza, mas não recebeu o pagamento da quantia prometida.
 - 7.2.3. Após os procedimentos judiciais, a Corte não reconheceu a promessa como vinculante, o declarando como um “contrato unilateral”.
 - 7.2.3.1. Assim, todos os contratos requerem oferta e aceitação, o anúncio constituiu uma oferta “ad incertas personas”, da qual a Sra. Carlill aceitou por realizar o ato especificado.
 - 7.2.3.2. Mal se pode negar que a extensão da aceitação, que deve ser comunicada a parte que fez a oferta, pode ser usada na estrutura contratual.
- 7.3. *“Auslobung” and pollicitatio*
 - 7.3.1. Por tentar conciliar todos esses casos em uma teoria contratual, o *common law* inglês se tornou bem mais rígido do que a maioria das jurisdições do *civil law*.
 - 7.3.2. O Código Civil Alemão tem uma disposição especial para a promessa de uma recompensa, chamada de “*Auslobung*”.
 - 7.3.2.1. Cuida-se de um ato unilateral, do qual não requer aceitação. Isto é, quem conseguir realizar as condições da recompensa tem o direito de receber o prometido, tendo ele reconhecimento da promessa e agido em prol da recompensa ou não.
 - 7.3.2.2. O Código não define o “*Auslobung*” como contrato, estando presente como uma exceção ao princípio geral do qual para criar uma obrigação contratual um acordo entre as partes é necessário.
 - 7.3.3. As Cortes Sul Africanas apresentaram uma solução semelhante às Cortes Inglesas ao negar o pedido do Sr. Bloom que realizou a ação requerida em uma promessa pública, sem ter, no entanto, conhecimento da promessa de recompensa.

7.3.3.1. Entendeu-se que, como ele não tinha conhecimento da recompensa, ele não poderia ter a intenção de aceitar nenhuma oferta e, portanto, nenhuma obrigação contratual tinha se estabelecido entre as partes.

7.3.3.2. Essa solução não pode ser considerada historicamente incorreta, tendo em vista que um instituto geral de promessa de recompensa não existia na tradição romana.

7.3.3.2.1. “*Pollicitatio*” é, provavelmente, o mais próximo instituto que é possível encontrar.

7.3.3.2.1.1. Em primeiro lugar, a “*pollicitatio*” era feita em benefício da municipalidade do promitente, isto é, de um específico grupo do qual não era indicado ao certo.

7.3.3.2.1.2. Em segundo lugar, o instituto da “*pollicitatio*” foi criado exclusivamente para servir o interesse público.

7.4. “*Pollicitatio*” e responsabilidade contratual

7.4.1. Como o “*pollicitatio*” se encaixa dentro do sistema moderno de responsabilidade contratual?

7.4.1.1. Grotius definia a aceitação como forma da promessa transferir um direito, de forma que nem a “*promissio*” ou o “*pollicitatio*” seria capaz de conferir o direito de exigir o prometido.

7.4.1.2. Essa visão prevaleceu na maioria dos sistemas de *civil law* até o século XIX e, por meio de Pufendorf e Pothier, adentrou no sistema de *common law* inglês.

7.4.1.3. Pothier descreveu que um contrato é uma concorrência de intenção de duas partes, uma da qual prometeu para outra algo que, por sua vez, aceitou a promessa.

7.4.1.3.1. Assim, a “*pollicitatio*” é uma promessa ainda não aceita pelo promissário, de forma que não produz, sem essa aceitação, uma obrigação.

7.4.1.3.2. Essa ideia virou a base para a doutrina inglesa, na qual “*pollicitatio*” é definida como uma promessa feita, mas não aceita; mas somente uma promessa que foi aceita pode criar uma obrigação.