

A EVOLUÇÃO MODERNA DO CONCEITO DE CONTRATO

L'ESSOR MODERNE DU CONCEPT CONTRACTUEL

LOUIS JOSSERAND

Antigo Decano da Faculdade de Direito de Lyon.

Tradução e notas por:

THALLES RICARDO ALCIATI VALIM

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo). Licenciado em Direito pela Université de Lyon.
thalles.valim@usp.br

ÁREA DO DIREITO: Civil

SUMÁRIO: I. A evolução quantitativa. Multiplicação e diversificação dos contratos. II. A evolução qualitativa. Ampliação do conteúdo vinculante dos contratos. A obrigação de segurança. Outras obrigações além da de segurança. Apreciação crítica.

Facilmente se acredita que a matéria do direito das obrigações beneficia de um apanágio, praticamente único, que consistiria em uma constante no tempo e no espaço¹. Em todos os lugares e em todas as épocas, o direito das obrigações teria sido constituído por dogmas imutáveis, dotados de uma verdade definitiva e universal, compondo assim esse *verum jus*, esse *lex et sempiterna et immutabilis* a que Cícero aludia em um plano distinto quando, em *De republica*, tendia a opor o direito natural ao direito positivo de cada país.

Essa concepção muito simplista e artificial é falsa. Ainda quando discipline as relações obrigacionais, o direito permanece sendo uma ciência social e, portanto,

1. Nota do Tradutor (NT.): Preservou-se a qualificação do Autor, tal como figura na publicação original em: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*. Paris: Sirey, 1934. t.2. p. 333-346. Em algumas notas, fez-se remissão aos artigos correspondentes na versão atual do *Code Civil*.

evolutiva. Vale lembrar as palavras de Jean Cruel, que dizia que “uma lei indeformável só pode ser concebida em uma sociedade imóvel”, levando à conclusão de que seria impossível de ser concebida dessa forma em qualquer lugar, já que, por sua própria essência, toda sociedade humana é um organismo em constante evolução, em perpétua transformação. De fato, os juristas de Roma haviam elaborado uma teoria do direito das obrigações muito bem organizada e através dela empregaram todos os seus dons de práticos e analistas. Mas, seja qual for o seu valor psicológico e, ao mesmo tempo, técnico, essa teoria não poderia pretender alcançar a perenidade. Edificada para o uso pelo mundo romano, ela não nos é adequada e, a cada ano que passa, sua insuficiência se manifesta de maneira ainda mais evidente. Os velhos quadros, quão sólidos e veneráveis tenham sido, apresentam fissuras por toda parte e a nossa sociedade do século XX aspira legitimamente a se revestir de uma armadura jurídica completamente distinta daquela com que se aparelhava a Roma dos Antoninos e dos Severos. Como poderia ser de outro modo, uma vez que a organização das relações obrigacionais entre os homens gira em torno da vida econômica e social? Além disso, certos conceitos acabaram perecendo ou sendo eliminados progressivamente – mecanismos de execução ligados à pessoa do devedor, cessão de bens, solidariedade ativa, novação, contratos *stretti juris* – enquanto outros apareceram e se desenvolveram em proporções inimagináveis, como a personalidade jurídica ou a estipulação em favor de terceiro. A vida jurídica se demonstrou uma criação contínua e o direito não teve outra opção a não ser devorar a si próprio: é sobre as ruínas do passado que o progresso realiza todas as suas conquistas.

A realidade dessa lei suprema da evolução não seria capaz de ser contestada no âmbito dos atos ilícitos e, de maneira mais ampla, das obrigações extracontratuais. Aqui, uma variedade de conceitos apareceu ou evoluiu de maneira prodigiosa, como aqueles do risco, do abuso de direitos, da responsabilidade pelo fato das coisas ou, ainda, do enriquecimento sem causa. Comparado ao direito extracontratual de hoje, os direitos de Roma ou de nossa França antiga, até mesmo o de nosso Código civil de 1804, aparecem singularmente pobres e acanhados. Faltam-lhes envergadura e substância. São tão anêmicos que o nosso direito atual se diz pletórico. Sem dúvida, foi na direção da ampliação, do desenvolvimento de um plexo obrigacional extracontratual cada vez mais rico, que se produziu e que acelera a evolução a qual nós assistimos e que se revela muito mais rápida, muito mais propulsora, do que aquela encontrada em outros domínios, seja no direito de família ou no de propriedade. A evolução moderna do conceito de ato ilícito é inegável. As suas constatação e verificação são constantes.

Por isso, somos conduzidos a indagar se essa hipertrofia do direito extracontratual não encontra sua contrapartida em um empobrecimento da matéria contratual. *Se nada se perde e nada se cria*, um dos dois maiores compartimentos do direito

obrigacional só poderia ser preenchido pelo esvaziamento de outro. O fenômeno contratual teria de transbordar parcialmente no extracontratual. Se houve ganhado de um lado, teria sido devido à perda de substância de outro.

No entanto, essa conclusão não se encaixa de forma alguma com a realidade jurídica. Nós pretendemos demonstrar, nesse pequeno esboço, que os conceitos de contrato e ato ilícito não se comportaram como vasos comunicantes, mas que eles progrediram, cada um à sua maneira, isolados um do outro, de modo que seus destinos paralelos, embora nunca complementares um ao outro, puderam se desenvolver com igual sucesso. O contrato do século XX apresenta, em comparação ao contrato do direito romano da Época Clássica, uma superioridade tão manifesta quanto aquela de que goza o nosso atual direito extracontratual quando comparado àquele da lei *Aquilina*. No segundo domínio, tanto quanto no primeiro, o direito romano e o nosso antigo direito francês aparecem como parentes remotos.

A evolução do conceito de contrato se afirma em uma plêiade de direções, mas, sobretudo, em duas principais: de um lado, os contratos tornaram-se infinitamente mais numerosos e diversos do que no passado ocorria; de outro lado, os efeitos se multiplicaram e se intensificaram: o progresso foi, portanto, igualmente *quantitativo* e *qualitativo*. Não apenas os contratos são atualmente inúmeros, mas sua eficácia tornou-se muito extensa. Não foi apenas o fenômeno contratual que aumentou sua frequência, mas também sua incidência se modificou. Foi sua irradiação que cresceu: o conteúdo obrigacional se enriqueceu consideravelmente no decorrer dos séculos.

Estudemos essa dupla corrente que assim surgiu e graças a qual o conceito de contrato ganhou tanto em quantidade quanto em qualidade.

I. A EVOLUÇÃO QUANTITATIVA

Multiplicação e diversificação dos contratos

A evolução quantitativa dos contratos, que se manifesta simultaneamente pela multiplicação, pela frequência dos atos jurídicos, e também pela sua diversificação, é resultante de um grande número de fatores, alguns econômicos ou sociais, outros mais propriamente jurídicos.

Na primeira categoria convém situar o desenvolvimento do comércio e da indústria e, de maneira mais geral, a intensificação das trocas no sentido mais amplo da palavra. Não somente os contratos de um tipo antigo – venda, prestação de serviços, depósito, mandato, empréstimo, penhor, hipoteca – foram utilizados muito mais frequentemente do que outrora pelos homens, cercados pelas dificuldades de uma vida cada vez mais insegura e complexa, mas também categorias novas surgiram – seguras de diversas formas, convenções coletivas, contrato de edição – assim

JOSSEAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 17, ano 5, p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

como cláusulas inteligentes vieram a ser inseridas nas convenções que tradicionalmente eram praticadas sem elas: por exemplo, cláusula comercial e cláusula de imputação de dote. O “teclado contratual”, mais do que nunca participativo, oferece a quem o utilizam novos sons e novas combinações.

Além disso, o jogo é livre: seja quanto à forma, uma vez que a regra do consensualismo substituiu aquela do formalismo; seja quanto ao fundo, em virtude do princípio da *autonomia da vontade*, que domina o corpo do direito contratual. Deve-se admitir que a liberdade dada às partes encontrasse limites necessários nas exigências de ordem pública e de bons costumes (Código civil francês, art. 6); mas é seguro dizer que a direção da história de nossa legislação e de nossa jurisprudência é a de uma abolição quase que permanente. Diversas são as operações que, outrora proclamadas ilícitas ou imorais, foram em seguida reconhecidas como normais, seja sob certas condições, seja de maneira irrestrita. Bastaria citar o mútuo feneratício, proibido pela Igreja, depois admitido sob certas condições restritivas de taxas de juros (lei de 3 de setembro de 1807), hoje permitido sem limitação tanto em matéria comercial (lei de 12 de janeiro de 1886) quanto em matéria civil (lei de 18 de abril de 1918). Os seguros de vida, considerados pelos redatores do Código Civil francês como odiosos e ilícitos foram, em seguida, amplamente praticados malgrado a ausência de regulamentação que teve de esperar até a promulgação da lei de 13 de julho de 1930, referente ao contrato de seguro (título III, seção 2, arts. 56 a 83). As cláusulas de inalienabilidade, que a Corte de Cassação inicialmente proibiu sem remorso e distinção (Primeira Câmara Civil, 6 de junho de 1853, D. P., 1853, I, 191) foram reconhecidas como sendo válidas, em um segundo momento, sob certas condições e certos limites (cf. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 2. ed., t. 1, n. 1841). Contratos de prestação de serviços dramáticos com garantia de êxito na bilheteria eram inicialmente condenados pela jurisprudência por serem “essencialmente baseados em mentira e coação” e hoje são válidos segundo a Corte de Paris (do mesmo modo, Lyon, 25 de março de 1873, D. P., 1873, 2, 68; Paris, 5 de abril de 1900, D. P., 1903, 2, 279). Por fim, há a corretagem matrimonial, face a qual os nossos tribunais já se mostraram um dia extremamente severos e hoje tendem a encarar com maior indulgência (trib. civ. de Lisieux, 21 de janeiro de 1903, S., 1903, 2, 182; Agen, 1 (de dezembro de 1909, S., 1910, 2, 211; trib. civ. de Nice, 22 de dezembro de 1909, S., 1910, 2, 293; Bordeaux, 13 de dezembro de 1912, S., 1915, 2, 38). A atividade contratual beneficia, destarte, de um campo cada vez mais alargado, graças ao desaparecimento de preconceitos medievais ou românticos que vinham reprimi-la ou condicioná-la de maneira severa.

Isso não é tudo. Não somente as variedades contratuais se multiplicam, mas igualmente sua técnica se modifica (cf. Edmond Sallé, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*). Ao tipo tradicional, cujas cláusulas são discutidas livremente pelos interessados, se opõe o contrato cuja economia é organizada

por apenas uma das partes, com o outro contratante se limitando a aceitar a combinação que lhe é submetida, a aprová-la ou aderir-lhe. Ao contrato negociado (*de gré à gré*) se opõe o contrato dito de adesão (*contrat d'adhésion*), que exclui qualquer discussão ou negociação, sendo uma espécie de contrato-regulamento, que se exterioriza mediante uma fórmula pré-estabelecida suscetível de ser empregada por qualquer pessoa que deseje se vincular às suas cláusulas. O esboço de contrato aparece, então, como uma espécie de molde contratual do qual é possível extrair cópias inesgotáveis. A uma operação desse tipo se vincula o viajante que adquire um bilhete em uma estação, o expedidor que confia pacotes a um transportador, o segurado em uma apólice de seguros, o trabalhador contratado por uma fábrica, o cliente de uma rede de lojas etc. Em tais casos, a operação jurídica se efetua com uma rapidez extraordinária. O contrato se constrói *em série*, seguindo as regras de uma estandardização rigorosa que reduz ao mínimo o esforço das partes e a perda de tempo: a armadura contratual apresenta um rendimento *optimum*.

Fato é que alguns juristas – em geral publicistas – negam às operações que acabamos de descrever o caráter contratual e entendem vê-las como atos unilaterais, regulamentos submetidos a um estatuto particular, pois, dizem eles, falta-lhes a igualdade econômica já que uma das partes emite uma vontade regulamentar imposta a outra, tendo esta última apenas um papel passivo na operação. O conceito de contrato não seria aqui nada mais do que uma “pura aparência” dentro da qual o “conteúdo regulamentar conflita com o seu envelope” (M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2. ed., p. 206 e ss.; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., t. 1, p. 371. Comp. Saleilles, *La déclaration de volonté*, art. 133, ns. 89 e 90).

Essa concepção publicista, que tende a restringir o campo do contrato para assegurar um novo domínio ao regulamento, deve ser rejeitada sem titubeios. A lei não exige em lugar algum que a conclusão dos contratos seja precedida de uma livre discussão à qual as partes participem com paridade de armas. Ela se contenta com um consentimento isento de vícios específicos arrolados pelo artigo 1109 e seguintes do Código civil francês². A igualdade jurídica é coisa distinta da econômica. Àquela basta assegurar o funcionamento normal da regra do jogo contratual (Cf. Ripert, *La règle morale*, ns. 55 e ss.; G. Dereux, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, *Rev. trim. dr. civil*, 1910, p. 503; Edmond Sallé, *op. cit.*; Cf. igualmente as teses de Dollat, 1905, e Gounot, 1909).

Em um plano diverso, tentou-se ainda limitar o campo contratual mediante a noção de *instituição* ou de *união*, das quais se desejava distanciar o contrato. Um ato jurídico só entraria na categoria dos contratos quando ele fosse apto a exclusivamente produzir obrigações entre as partes. Mas, a partir do momento em que

2. Atualmente, artigo 1130 e ss.

JOSSE RAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 17, ano 5, p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

ele estabelecesse uma situação durável, um *modus vivendi* permanente, entraria em uma categoria diferente, seria de algum modo promovido a um grau superior, teria o valor de uma instituição (Hauriou, *op. cit.*, p. 409 e ss.) ou de uma *união* (Duguit, *op. cit.*, p. 409 e ss.). Escaparia, assim, da “fugacidade” (Hauriou, p. 204), que é o estigma do contrato, noção frágil e deficiente, durando apenas um instante. Tal seria, nomeadamente, o invejável destino do casamento, da sociedade mercantil e da associação.

Mas os autores que preconizam essa oposição entre as noções (cf. ainda Georges Renard, *La théorie de l'institution, Essai d'ontologie juridique*, 1930; Gaston Morin, *Vers la révision de la technique juridique*, in *Archives de la philosophie du droit*, 1931, p. 73) e que – pelo menos alguns deles – se preocupam sobretudo em fazer com que o direito público abocanhe parte do direito privado, fazem do contrato uma ideia arcaica e muito restrita. Eles pararam no tempo da *stipulatio* romana, com a dupla declaração de vontade nela contida. Ao passo que, no direito moderno, convém reconhecer um contrato em todo ato jurídico plurilateral apto a criar ou a modificar obrigações, sem distinguir de acordo com a duração destas nem quanto à existência de uma situação permanente estabelecida entre as partes. Sem isso, seria necessário recusar a natureza contratual à locação de longa duração, à prestação de serviços concluída por duração indeterminada e, até mesmo, ao mandato, pois esta última operação é suscetível, também ela, de instituir entre as partes um regime orgânico de amplo alcance. Na verdade, os publicistas confundiram o contrato com seus efeitos e utilizaram, como pretexto, a importância da duração destes últimos para contestar a existência daquele primeiro. Utilizaram o direito romano, ou, melhor, o direito romano antigo, sem se dar conta de que o conceito de contrato tinha evoluído desde esses tempos remotos em direção a um sentido cada vez mais abrangente e liberal.

Acreditamos que seus esforços restarão vãos e que a evolução do contrato se afirmará em um sentido quantitativo, como uma “evolução criadora” sem recuos. As conquistas adquiridas pelo direito moderno serão, nesse sentido, definitivas.

II. A EVOLUÇÃO QUALITATIVA

Ampliação do conteúdo vinculante dos contratos

Esse segundo fenômeno é menos conhecido do que o primeiro, ainda que ele apresente, contudo, uma importância e um interesse jurídico muito superiores. Ele consiste inteiramente na constatação de que a matéria contratual se desenvolve incessantemente, que a efetividade de cada operação torna-se cada vez melhor e que a irradiação do contrato se intensifica tanto com relação a terceiro quanto dentro do círculo formado pelos contratantes e pelas pessoas que lhes são equiparadas.

JOSSERAND, LOUIS. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

1º Com relação a terceiros, a irradiação do contrato, inicialmente inexistente, tornou-se cada vez mais potente.

a) Enquanto que, primitivamente, os contratos só podiam produzir obrigações, o direito moderno admitiu que eles fossem translativos de propriedade ou constitutivos de direitos reais, sob reserva de certas formalidades de publicidade que só são exigidas, de maneira geral, para transações imobiliárias: a venda de um bem móvel individualizado torna o comprador imediatamente proprietário *erga omnes*; os contratos ressoam ao longe, ultrapassam o círculo dos contratantes, de seus herdeiros e credores. A grande regrada relatividade das convenções, formulada pelo artigo 1165 do Código civil francês³, deixa de ser precisa na medida em que os contratos são por si próprios constitutivos ou translativos de direitos reais oponíveis a terceiros.

b) Mesmo entre os contratos meramente constitutivos de obrigações há aqueles que ultrapassam a esfera dos contratantes com um grande raio de ação. São os que intervêm precisamente em favor de terceiros e que pertencem à categoria, cada vez mais ampla, da *estipulação em favor de terceiro* (C. civ., art. 1121)⁴. Igualmente, aqueles *contratos coletivos*, cuja força de penetração é ainda superior, pois cercam os terceiros por uma rede obrigacional que é tecida não somente pelos direitos de crédito, mas também pela imposição de débitos (concordata acordada em falência; *associações sindicais* de proprietários de imóveis; *convenção coletiva de trabalho*). Nesses contratos, a lei contratual se impõe, não somente às partes, àqueles que concluíram e assinaram o acordo, mas ainda às pessoas que lhes são estranhas ou mesmo que lhes são abertamente contrárias. A minoria se encontra, assim, ligada pela maioria; a vontade coletiva vincula, com ou sem consentimento de todos os indivíduos, as vontades individuais. Terceiros sujeitam-se, portanto, ao contrato.

2º No círculo dos *contratantes* e das pessoas que lhes são equiparadas, a ampliação do conteúdo vinculante não é menos impressionante e possui ainda um aspecto particularmente técnico. A matéria vinculante torna-se cada vez mais rica, os contratos se afirmam cada vez mais produtivos, férteis. Primeiro, pois alguns desses contratos, outrora essencialmente gratuitos, tornaram-se onerosos e são, por conseguinte e praticamente, operações perfeitamente sinalagmáticas (e.g. mandato e depósito), por isso mesmo, mais ricas em conteúdo vinculante. Segundo, e mais importante, pois nossa jurisprudência descobre, institui, obrigações até então desconhecidas a ambas as partes ou a uma delas e que parecem decorrer de pleno direito, por natureza própria de um ou outro contrato, cuja eficácia se encontra, então, expandida sem que nem o legislador nem as partes tenham para isso contribuído.

3. Atual artigo 1199.

4. Atual artigo 1205.

JOSSELAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 17, ano 5, p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

É o caso, no direito moderno, de todos os contratos de *bona fides*; a noção de contrato de direito estrito, tão consagrada pelo direito romano no Período Antigo, já fortemente questionada na Época Clássica, foi reduzida na contemporaneidade ao *status* de curiosidade jurídica. Não apenas as convenções legalmente formadas *devem ser executadas de boa fé* (C. civ., art. 1134, par. 3)⁵, mas elas também obrigam *a tudo aquilo que, em decorrência da equidade, do uso ou da lei, soma-se à obrigação de acordo com sua natureza* (art. 1135)⁶, o que significa dizer que o juiz estima soberanamente o potencial vinculante de uma certa categoria de convenção, sendo os contratos, portanto, operações de conteúdo essencialmente variável, de acordo com os usos, costumes e práticas do comércio jurídico. Há vinte e cinco anos atrás, a mesma situação comportaria relações jurídicas distintas, mais ou menos numerosas, mais ou menos rígidas. O mesmo galpão pode abrigar mercadorias mais ou menos abundantes. A complexidade pode suceder à unidade, o lícito ao ilícito, e independentemente de qualquer intervenção do legislador, por apreciação do juiz, intérprete oficial dos costumes, usos e equidade.

Assim foi que surgiu, no decorrer dos anos, uma quantidade de obrigações novas, outrora desconhecidas, fruto da criação jurisprudencial. Ao lado das obrigações nascidas de atos jurídicos, atos ilícitos, enriquecimento sem causa e lei, vimos surgir *obrigações jurisprudenciais* que, sem dúvida, permanecem contratuais devido ao âmbito em que se situam, mas que, se não nos apegarmos às palavras e formos até ao material dos dados jurídicos, têm uma origem *pretoriana* (André Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, p. 369), empregando esse qualificativo em seu sentido mais generoso e legítimo, já que é a lei quem, ao enfatizar o papel do juiz pela boa fé, equidade e usos, convida-o a investigar a matéria contratual para ali descobrir novas obrigações, suscetíveis de variação e multiplicação no decorrer dos tempos, sob a pressão de fenômenos individuais, econômicos e sociais.

A obrigação de segurança

Entre essas obrigações novas que nossa jurisprudência distingue e faz surgir em certos contratos nos quais ela desenvolve o conteúdo e a eficácia *inter partes*, convém atribuir um lugar de honra à *obrigação de segurança*.

Espontaneamente, nossos tribunais estimam que, ao concluir tal ou tal *negotium*, as partes desejam que uma delas assegure à outra uma obrigação de segurança: obrigação esta simultaneamente tácita e absoluta: *tácita*, no sentido de que não

5. Atual artigo 1104.

6. Atual artigo 1194.

há necessidade de ser estipulada, sendo óbvia e decorrente da economia geral da operação, das exigências de boa fé e da equidade; *absoluta*, pois aquele que se obriga a conduzir, no momento acordado, seu contratante deve mantê-lo são e salvo, de modo que, caso um acidente ocorra, a vítima se encontrará, quanto ao ônus da prova, em uma situação tão vantajosa quanto possível. É a situação de um credor contratual face à inexecução de seu devedor: cabe a este último provar que o dano emergiu por fato da vítima ou em razão de força maior, exterior à atividade e ao círculo contratual. Credora da obrigação de segurança, a vítima se contentará em alegar que essa obrigação não foi cumprida e que, de acordo com o informado, o devedor é responsável contratualmente pelo dano sofrido.

Esse esforço de *forçagem do conteúdo contratual* [*forçage du contenu contractuel*]⁷ foi tentado pelas jurisprudências francesa e belga em diversas operações. Na verdade, a primeira tentativa acabou sofrendo uma derrota completa: o contrato de trabalho, primeiro campo de testes, se revelou refratário ao fenômeno de geração espontânea. Em vão, juristas talentosos se esforçaram para estabelecer que o empregador se comprometia tacitamente a manter o trabalhador são e salvo durante todo o tempo e que, caso um acidente ocorresse, sua responsabilidade seria contratualmente reconhecida face ao trabalhador (Saintelette, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, *Rev. crit.*, 1883). Essa tese não penetrou no direito positivo francês. Sabemos, no entanto, como o problema foi resolvido, pelo próprio legislador, graças à utilização da noção de risco da atividade (Lei de 9 de abril de 1898 e leis posteriores). A responsabilidade do empregador, ainda que pressupondo a existência de um contrato de trabalho, não é de forma alguma especificamente contratual. Enquadrada e liberada, ao menos a princípio, da ideia de culpa, reserva feita no entanto ao dolo, a responsabilidade do empregador repousa na noção de risco criado, do qual o acidente é considerado concretização.

7. NT.: Josserand retrança a evolução jurisprudencial das primeiras décadas do século XX no que diz respeito ao direito contratual. Diante da crescente fuga para o contrato, como tentativa de proteger certas categorias (viajantes, trabalhadores, dentre outros), o Autor cunhou uma expressão que pudesse representar esse fenômeno: *forçage du contenu du contrat*, aqui traduzida por *forçagem do conteúdo contratual*. Esse termo, que aparece provavelmente pela primeira vez no artigo aqui apresentado, foi adotado pela doutrina que apoiava a jurisprudência citada por Josserand. O artigo, portanto, não só reproduziu de maneira resumida os desenvolvimentos do direito contratual, como também contribuiu com os desdobramentos que se seguiram. Curiosamente, embora o artigo apresentasse conclusões em tom crítico ao que o Autor via como exageros jurisprudenciais, parece que o batismo do fenômeno por Josserand fez com que ele ganhasse força. *Forçage* é utilizado, com frequência, em referência ao ato de forçar uma planta a florescer fora de sua estação. Dentre outros autores que utilizam a expressão acompanhando Josserand, cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 2. Paris: PUF, 2017, p. 2063; BÉNABENT, Alain. *Droit des Obligations*. 16. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2017, p. 249.

JOSSE RAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

A tentativa de vinculação ao contrato de uma obrigação de segurança protetora de uma das partes não foi mais feliz no que diz respeito ao *contrato de educação ou de ensino*: o diretor de uma instituição não garante, pelo acordo celebrado com os parentes do aluno, a integridade física deste último. Sem dúvida, sua responsabilidade pode ser reconhecida em virtude de uma culpa que lhe seja atribuída caso um acidente ocorra. Mas se trata de culpa extracontratual, cuja prova cabe ao demandante da indenização. Se, por exemplo, um aluno se fere por uma telha que se destacou do teto da escola, seu diretor não é de modo algum, contrariamente ao que havia inicialmente julgado o tribunal civil de Clermont-Ferrand, contratualmente responsável, e só pode ser processado por uma ação com fundamento extracontratual, fundada em um ato culposo por ele cometido (Riom, 18 de julho de 1928, *Gaz. Pal.*; 1928, 2, 784).

Nossa jurisprudência também não se mostrou favorável à transposição, para a realidade contratual, de obrigações que incumbem seja aos notários face aos seus clientes (Antiga Câmara de Recursos da Corte de Cassação, 9 de janeiro de 1907, D. P., 1910, I, 215; Câmara Civil, 21 de julho de 1921, S. 1922; I, 172, Colmar, 15 de junho de 1926, D. H. 1926, 505), seja em relação aos médicos e cirurgiões face aos seus pacientes (Câmara de Recursos da Corte de Cassação, 21 de julho de 1919, D. P. 1920, I, 30, notas de Denisse; Paris, 12 de março de 1931, D. H. 1931, 259; Aubry et Rau, 4. ed., t. 4, p. 756; P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français de Planiol et Ripert*, t. 4, n. 524; André Brun, *op. cit.*, n. 241).

Mas, se em diversos domínios o direito extracontratual conservou intacta a sua soberania tradicional, em outras direções ele teve de recuar face aos avanços promovidos pela responsabilidade contratual, graças à incorporação ao contrato, por autoridade e potência, de uma obrigação de segurança que garanta a integridade da pessoa, pelo menos até prova em contrário, isto é, até que se comprove que o dano foi devido a fato da vítima ou força maior.

A evolução foi promovida ou desenhada através de uma série de operações: transporte de pessoas, parques de diversão, pistas de equitação, contrato de hotelaria, locação de imóvel.

a) Foi em relação ao transporte de pessoas que o fenômeno ficou mais conhecido. Ele se produziu tão rápido quanto intensamente. Em 1911, a Corte de Cassação proclamou que o transportador assume, face ao viajante, uma obrigação de segurança absoluta, tendo tacitamente e necessariamente a obrigação de conduzir ao destino, não morto nem vivo, mas são e salvo. É uma verdadeira responsabilidade que ele assume e cujas consequências são fixadas pela disposição do artigo 1147 do Código civil francês⁸. Quando um acidente ocorre, a inexecução do dever

8. Atual artigo 1231-1.

JOSSERAND, LOUIS. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

de segurança é estabelecida imediatamente a responsabilidade do transportador se encontra então contratualmente vinculada face à vítima e a seus herdeiros (Câmara Civil, 21 de novembro de 1911, S., 1912, I, 73, notas de Lyon-Caen, D. P., 1913, I, 249, notas de Sarrut; 27 de janeiro de 1913, S., 1913, I, 177, notas de Lyon-Caen; 24 de janeiro e de julho de 1922 e 22 de julho de 1924, S., 1924, I, 161, notas de A. Mestre, Câmara de Recursos, 27 de julho de 1925, D. P., 1926, I, 5, notas de Ripert, S., 1925, I, 249, notas de P. Esmein; Câmara Civil, 24 de julho de 1930, S., I, 368).

Formulada em termos absolutos, a tese da Corte de Cassação é geral em seu campo de aplicação. Ela intervém a partir do momento em que há um *accidente de transporte de pessoas*, sem se distinguir de acordo com a personalidade da vítima, se civil ou militar (julgados supracitados de 24 de janeiro e 4 de julho de 1922), nem segundo as circunstâncias nas quais o acidente se produziu (abertura de uma das portas do veículo em movimento, fechamento de uma das portas do veículo no começo da viagem, cruzamento entre dois trens, descarrilamento), nem de acordo com o modo de locomoção empregado. Pouco importa se o trajeto tenha sido feito por mar ou terra, por navio ou balsa (Grenoble, 15 de março de 1921, D. P. 1922, 2, 25, notas de Rouast), por bonde (Câmara Civil, 6 de fevereiro de 1917, D. P., 1917, I, 35; 25 de julho de 1922, D. P., 1923, I, 209), trem (cf. principalmente as decisões já citadas e sobretudo a de 1911), metrô (Câmara Civil, 20 de junho de 1921, D. P., 1923, 330), carro (Câmara de Recursos, 28 de junho de 1916, D. P., 1917, I, 35) ou em uma aeronave (Grenoble, 25 de março de 1925, D. P., 1925, 2, 137, notas de Ripert). A doutrina acerca da responsabilidade contratual do transportador de pessoas apresenta um caráter universal, se aplicando a partir do momento em que o viajante se encontre em um acidente no decorrer de um transporte regular (Cf., para o caso em que o viajante se encontrava fora do trajeto regular, Câmara Civil, 6 de julho de 1925, D. P., 1925, I, 233, notas de Roger, S., 1925, I, 278; e para o não-viajante, trib. civ. de Seine, 15 de novembro de 1929, D. P., 1930, 2, 23). Não custa lembrar que, no campo do transporte de pessoas, e para os acidentes ocorridos durante o trajeto, a responsabilidade extracontratual é suplantada pela contratual. O conceito de contrato fez recuar, e venceu, o conceito de ato ilícito (Cf. L. Jossierand, *Les Transports*, 2. ed., ns. 893 e ss.);

b) Uma observação do mesmo gênero pode ser feita acerca dos acidentes ocorridos em parques de diversão em, por exemplo, carrosséis. De acordo com uma jurisprudência que se afirma e se consolida cada vez mais, ao passo que um terceiro curioso, ferido por um desses mecanismos, deve acionar o proprietário sob o fundamento da responsabilidade extracontratual caso queira obter reparação, devendo portanto provar a culpa cometida por aquele, o cliente, ao contrário, vítima de um acidente, pode utilizar o contrato concluído com o empresário e invocar a inexecução da obrigação de segurança absoluta que decorria implicitamente dessa operação. O explorador de parques de diversão é devedor contratual de uma obrigação

JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 17, ano 5, p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

de segurança com relação a seus clientes, assim como o transportador é garante da integridade física de seus viajantes, aos quais assegura o transporte (Nancy, 26 de junho de 1925, Paris, 22 de fevereiro de 1926, D. P., 1927, 2, 25, notas de Lalou; trib. com. de Viena, 26 de abril de 1927, D. H., 1927, 363; Grenoble, 27 de fevereiro de 1928, D. H. 1928, 343; trib. com. de Saint-Etienne, 1º de março de 1928, D. H., 1928, 363; Lyon 7 de dezembro de 1928, D. P. 1929, 2, 17, notas de L. Josserand);

c) A Corte de Lyon invocou a responsabilidade contratual para assegurar uma indenização ao cliente de uma pista de equitação vítima de um acidente de cavalo durante uma aula. O diretor do estabelecimento foi reconhecido responsável contratualmente pela segurança de seus alunos (Lyon, 1º de abril e 21 de outubro de 1922, D. P., 1924, 2, 51);

d) O contrato de *hotelaria* parece, também ele, demonstrar a receptividade em relação à responsabilidade contratual. Em 1920, a Corte de Lyon apresentava o princípio de que “um dos deveres essenciais do hoteleiro é o de assegurar a segurança absoluta dos viajantes que são confiados aos seus cuidados” (Lyon, 24 de junho de 1920, D. P., 1922, 2, 40) e, alguns anos mais tarde, a Corte de Cassação estimava que “cometeria um ato ilícito o hoteleiro que não tomasse as precauções necessárias para assegurar, durante a noite, a segurança de seus hóspedes passageiros” (Câmara de Recursos, 18 de dezembro de 1928, D. H., 1929, 17);

e) Por fim, as relações estabelecidas por uma *locação*, entre locadores e locatários, parecem se mostrar cada vez mais simpáticas ao estabelecimento de uma responsabilidade contratual, a qual trabalhará em benefício do locatário e contra o locador em casos em que aquele é vítima de um acidente causado pelo uso dos locais locados e que possa ser qualificado como um *acidente locativo*. Não é, portanto, o artigo 1386 do Código civil francês⁹, destinado a reger as relações entre terceiros e o proprietário, mas na própria lei contratual, que convém procurar os elementos e a fonte da responsabilidade do locador (Rouen, 4 de junho de 1910, fundamentação, S. 1913, 2, 145, notas em *Charmont*; Lyon, 23 de outubro de 1925, *Rec. Somm.* 1926, n. 1696; Nîmes, 2 de julho de 1929, *Sem. Jur.* 1929, p. 1216, Colmar, 29 de abril de 1930, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1930; Adicionalmente, trib. civ. de Haute Vienne, 18 de abril de 1929, D. P., 1930, 2, 12, notas de Lalou).

Outras obrigações além da de segurança

Não é apenas uma obrigação de segurança que a jurisprudência extrai de certos contratos, mas também, às vezes, outras obrigações, de amplitudes muito diferentes e naturezas muito diversas.

9. Atual artigo 1244.

1º) Foi assim que, no contrato de trabalho, fizeram decorrer do contrato concluído entre empregador e empregado, operário ou doméstico:

a) a obrigação, para o primeiro, de fornecer aos segundos uma alimentação saudável: o trabalhador agrícola, intoxicado por água contaminada, poderá acionar o empregador fundando-se na responsabilidade contratual deste que faltou com a obrigação implicitamente assumida (Trib. civ. de Haute Vienne, julgamento supracitado);

b) A obrigação de cuidar das roupas, dos trabalhadores, que devem ser por eles retiradas em virtude de requisitos do próprio trabalho (Câmara Civil, 9 de dezembro de 1930, D. H., 1931, 35);

2º) As obrigações do *notário* face aos seus clientes são compreendidas com muito maior rigor (Cf. P. Esmein, *Les obligations, dans le Traité pratique de droit civil français*, de Planiol e Ripert, t. 6, ns. 529 e ss.); tem-se admitido, em especial e já há muito tempo, que esse oficial ministerial deve informar às partes sobre das consequências dos atos que ele reconhece (Câmara Civil, 2 de janeiro de 1924, D. P. 1924, 1, 114, S., 1924, 1, 169, notas de Vialleton; trib. civ. de Tours, 25 de março de 1930, S., 1931, 2, 157);

3º) Questiona-se se o *agente de câmbio*, em sua qualidade de mandatário remunerado, não deve ser tratado com a mesma severidade; se ele não é obrigado contratualmente a informar seu cliente acerca das condições exatas nas quais se dará a operação por ele feita e as consequências que resultarão dessa operação para o cliente (cf. Demogue, *Chronique de Jurisprudence, Rev. Trim.*, 1930, p. 1074). Se a Corte de Bordeaux se pronunciou em sentido contrário foi por razões de fato, já que o cliente, no caso em espécie, era um investidor experiente, perfeitamente ciente das operações de bolsa (Bordeaux, 9 de julho de 1930, Rec. Bordeaux, 1930, p. 42);

4º) Uma corrente se desenha na jurisprudência e na doutrina e que conduziria a um agravamento da responsabilidade do banco emissor de títulos. Considerado como um vendedor, ele responderia pelos vícios ocultos da coisa, nos termos do artigo 1641 e seguintes do Código civil francês; os portadores teriam assim a opção de acioná-lo quando, portadores de títulos cujos juros são estipulados em franco-ouro, fossem prejudicados pela má vontade ou insolvência do Estado emissor (cf. Caen, 30 de março de 1928, *Gaz. Trib.*, 16 de outubro e, para uma bibliografia, H. Cabril-lac, *La responsabilité civile des banques dans le placement et l'émission de titres*, 1931).

Apreciação crítica

Destarte, é inegável o movimento que leva a jurisprudência a transformar a situação obrigacional dos interessados, a transpor obrigações do campo extracontratual para o contratual, a conferir-lhes um caráter pré-constituído e a melhorar, dessa forma, a situação do credor, que, ao fundar sua demanda sob a égide do contrato, reclamando aquilo que lhe é devido, beneficia de uma facilidade probatória apreciável: o

JOSSE-RAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 17, ano 5, p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

dano que ele alega coincide com a inexecução de uma obrigação contratual e caberá ao devedor elidir sua responsabilidade, alegando e provando fato do credor ou caso de força maior, ou seja, um evento externo que tenha irrompido sob a atividade, sob o círculo contratual. O conteúdo vinculante das convenções recebe, assim, por um processo técnico inteligente, um desenvolvimento imprevisível: o que pensar desse procedimento? Qual é seu valor jurídico? Qual é sua legitimidade?

Parece-nos ser preciso distinguir entre a obrigação de segurança e os outros efeitos que a jurisprudência liga aos contratos. Os últimos são perfeitamente justificáveis, são compatíveis com a intenção presumida das partes, com a intenção legítima das partes, e nós pensamos que o movimento que se desenhou seguirá ainda e culminará no reconhecimento de diversas obrigações que, durante muito tempo, não havíamos sequer imaginado. Assim, apenas a título de exemplo, seria jurídico e equitativo admitir, contrariamente ao que foi decidido pelo tribunal do comércio e pelo tribunal civil de Seine (20 de março e 28 de março de 1930, *Rec. Jur. de l'automobile*, pp. 202 e 204), que o mecânico se responsabiliza tacitamente, em virtude do contrato de depósito que concluiu, a garantir os carros, cuja guarda assumiu, contra congelamento (Sylvain e Charles Girerd, *Le garagiste et l'automobiliste*, p. 48), pois o depositante compreendeu certamente que assim seria e o depositário não poderia legitimamente alegar, sem faltar com a boa fé e desnaturar o contrato de depósito, que ele teria compreendido afastar essa responsabilidade. Cabe lembrar que os contratos, hoje todos ou quase todos de boa fé, obrigam a tudo o que se acrescenta à obrigação, por sua natureza, em decorrência da equidade ou dos usos (C. civ., art. 1135)¹⁰.

Quanto à obrigação de segurança que a jurisprudência inclui por conta própria em diversos contratos, parece-nos que o procedimento é mais discutível, pois ele conduz a uma desnaturação sistemática da vontade das partes ou, pelo menos, de uma delas. No transporte de pessoas, por exemplo, pode-se duvidar que o viajante tenha querido impor ao transportador uma obrigação absoluta no que diz respeito à sua segurança e, nessa lógica, ser tratado como um pacote de mercadorias. Sobre-tudo, não é crível que o transportador tenha querido, por sua grande generosidade, assumir essa obrigação, estendida até ao ponto de se tornar impossível, fazendo, assim, as vezes de um guilhotinado por vontade própria.

Na verdade, as obrigações que se inserem por autoridade em certos contratos não se baseiam no consentimento, mas na autoridade. São os poderes públicos que montam todas as peças. Com essas obrigações, vê-se recuar o dogma da autonomia da vontade, que cede face àquela outra da força. Ao decidir que o transportador se responsabiliza contratualmente a garantir a integridade física do viajante, a Corte de

10. Atual artigo 1194.

JOSSERAND, LOUIS. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 17. ano 5. p. 337-351. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2018.

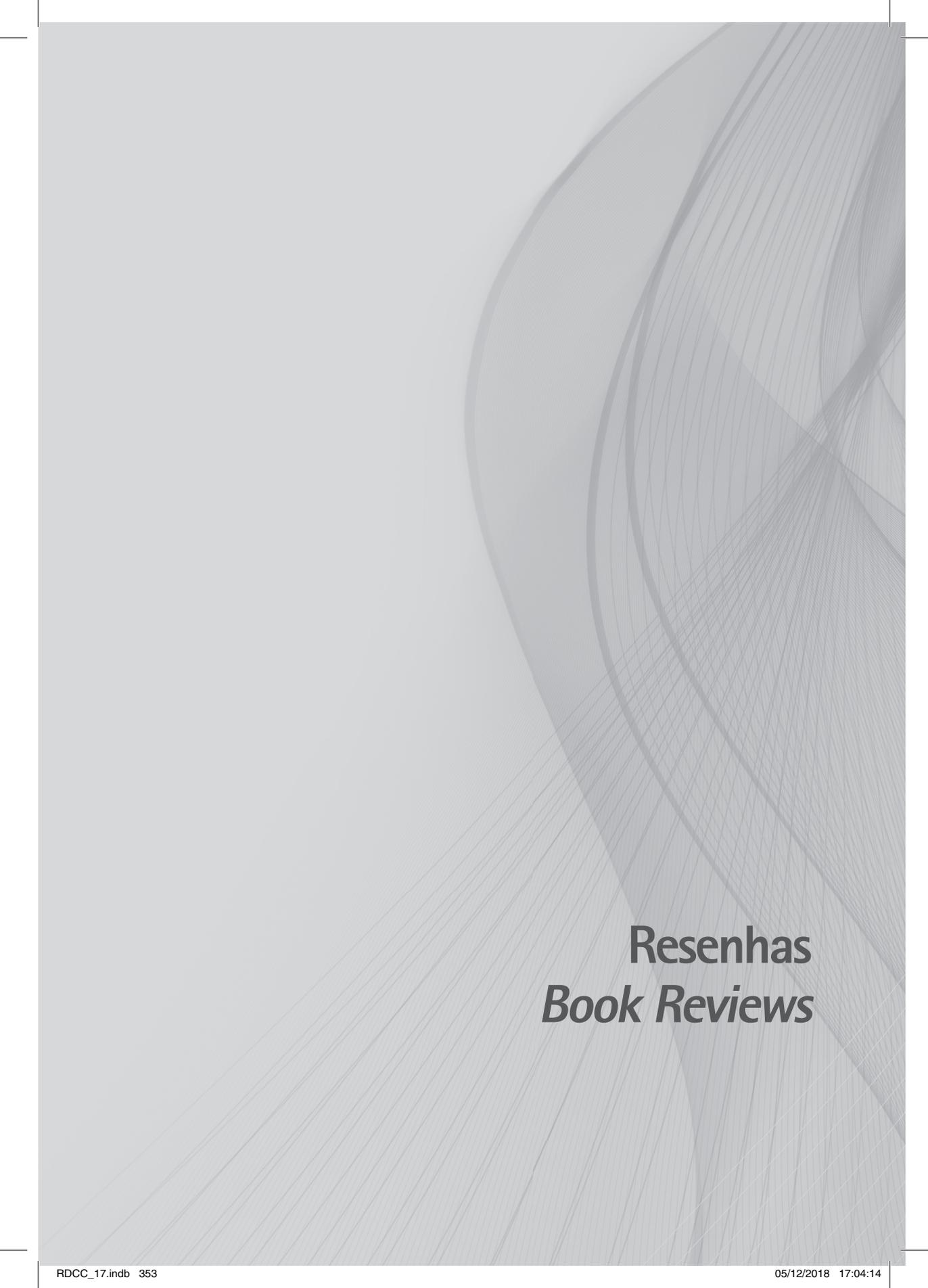
Cassação fez, em 1911, um intervencionismo estatal e jurídico; fez produzir no contrato, ato de *livre vontade*, uma *obrigação forçada*: o efeito encontra-se em flagrante contradição com a causa. A tela conflita com o quadro no qual ganha autoridade.

Mas não deixa de ser verdade que o procedimento técnico ao qual recorre em tais casos nossa jurisprudência tem por consequência o enriquecimento do conteúdo vinculante do contrato e promove, assim, uma nova evolução, um novo impulso ao conceito de contrato, que, longe de ceder seu lugar ao conceito de ato ilícito, instala-se em novas localidades e se organiza de modo sólido no terreno conquistado. Não é apenas o direito extracontratual que progride, é o mundo das obrigações, em todos os seus aspectos, que se multiplica e segue, em suas transformações incessantes e rápidas, uma sociedade cada vez mais complexa e ativa. As relações obrigacionais operam ao redor de relações econômicas e sociais e a intensificação destas determina fatalmente o desenvolvimento daquelas. A multiplicação de relações entre humanos postula um crescente entrelaçamento dos laços jurídicos, dos quais a hipertrofia do conteúdo vinculante dos contratos só constitui uma das manifestações mais características. O conceito de contrato se desenvolve e se enriquece junto com o conceito de ato ilícito. Se aquele atravessa uma crise, é de crescimento, que se traduz tanto por novos aportes vindos do exterior quanto por uma recuperação de vitalidade que tem por consequência uma “desromanização” do contrato e uma adaptação ao mundo econômico e social do século XX.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão, de San Tiago Dantas – *RTRJ* 4-5/295-309 (DTR\2014\20319).



Resenhas
Book Reviews

