

**SEM REVISÃO**

## **O fim da responsabilidade contratual?**

Eric Savaux<sup>(\*)</sup>

Professor – França

---

Uma corrente cada vez mais intensa na doutrina moderna está a contestar o conceito de responsabilidade contratual. Contrariamente ao que se passa em matéria de delito, as perdas-e-danos incidentes em caso de inexecução da obrigação não têm por objeto reparar um prejuízo, mas unicamente propiciar ao credor, por equivalência, a vantagem que ele esperava do contrato e não obteve. A ignorância da verdadeira natureza do direito às perdas-e-danos do credor introduziu uma grave desordem no direito da responsabilidade e no direito do contrato, desordem essa a que somente se poderá dar fim abandonando esse falso conceito.

Antes de aderir a essa proposta, é necessário avaliar os efeitos da transformação almejada. As principais conseqüências previsíveis em relação ao domínio, às condições, à extensão... do direito às perdas-e-danos do credor, os eventuais benefícios em matéria de responsabilidade e de contrato, a existência de remédios alternativos, tudo isso está a sugerir que se dê, à responsabilidade contratual, pelo menos um adiamento.

1. A doutrina civilista francesa está numa curva de sua história. Depois de quase um século concebendo a inexecução das obrigações provindas do contrato como uma fonte de responsabilidade, vozes autorizadas se levantam, cada vez mais numerosas, sugerindo o abandono da própria idéia de responsabilidade contratual. E o movimento não se esgotou: organiza-se a resistência. Mas a proposta é suficientemente séria para que se interrogue sobre o destino da responsabilidade contratual, e se pergunte se é preciso aderir ao prognóstico de sua morte próxima ou se, ao contrário, se deva esperar por sua sobrevivência.

2. Contudo, convém precisar imediatamente o sentido da interrogação, a fim de evitar qualquer ambigüidade. Evidentemente não se trata de, abandonando a responsabilidade contratual, autorizar o devedor a liberar-se de suas obrigações, com total impunidade. Nenhuma sociedade resistiria à inseguran-

---

(\*) Tradução de J. Dantas de Oliveira, Promotor de Justiça e Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Carlos.

Artigo de Eric Savaux, professor da Faculdade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Tours, França. Publicado na "*Révue Trimestrielle de Droit Civil*", 1999, n° 1 (janeiro-março).

(Observação: A tradução abaixo foi autorizada, por escrito, pelo autor, bem como por Éditions Dalloz, Paris).

ça criada pela liberdade de faltar aos compromissos. Nem mesmo a doutrina anglo-saxônica mais liberal tem em vista uma solução dessas. Inadmitindo qualquer possibilidade de execução forçada, ela propõe que se reconheça ao devedor uma opção: cumprir a obrigação ou satisfazer perdas-e-danos perante o credor.

Em todos os sistemas jurídicos, o devedor que falta à sua obrigação pode por isso (no mínimo) ser compelido a proporcionar uma compensação ao credor. A verdadeira questão é justamente a natureza dessa compensação. Trata-se, como julga a doutrina dominante há quase um século, de reparar um prejuízo, ou seja, aquele prejuízo causado ao credor pela inexecução ou má execução da obrigação? Ou trata-se, ao contrário, como indicam os autores que predizem o fim da responsabilidade contratual, de propiciar ao credor, por equivalência, a satisfação que ele podia esperar da execução da obrigação?

3. Assim formulada, a interrogação é bem recente. Para que ela surgisse, foi necessário justamente que por primeiro se forjasse o conceito de responsabilidade contratual, e que depois esse conceito fosse, por sua vez, contestado. Naturalmente, a questão da natureza das perdas-e-danos contratuais não aparece portanto nem em Domat e Pothier, nem nos comentários do Código, e nem mesmo, até época mui recente, na doutrina moderna. Mas, se a interrogação não é expressamente formulada, os autores têm contudo uma certa concepção do direito às perdas-e-danos do credor em caso de inexecução da obrigação contratual. E de Domat até nossos dias, tudo parece haver mudado.

Domat e Pothier concebem muito nitidamente as perdas-e-danos devidos em caso de inexecução como um efeito da obrigação contratual. Para o primeiro, em todas as convenções é segundo efeito das obrigações que aquele que falta àquelas que assumiu (...) responderá pelas perdas-e-danos do outro contratante, segundo a natureza da convenção e a qualidade da inexecução ou do retardamento, bem como segundo as circunstâncias. O segundo trata das perdas-e-danos resultantes, seja da inexecução da obrigação, seja do retardamento imprimido a sua execução, no capítulo Do efeito das obrigações, indicando em preliminar que quando se diz portanto que o devedor responde pelas perdas-e-danos do credor, resultantes da inexecução da obrigação, isso quer dizer que ele deve indenizar o credor da perda que lhe causou, bem como do ganho do qual lhe privou a inexecução da obrigação. Para Domat e Pothier, a inexecução do contrato não é causa de uma obrigação nova: é o próprio contrato que é causa da dívida relativa às perdas-e-danos, em caso de inexecução.

Seguindo Pothier, os redatores do Código Civil trataram o direito às perdas-e-danos do credor como um efeito da obrigação contratada. A matéria é regulada no capítulo III (Efeitos das obrigações) do título III (Dos contratos

ou das obrigações convencionais em geral), nos artigos 1.146 e seguintes. O conteúdo dos textos demonstra que as perdas-e-danos são a forma que toma ordinariamente a obrigação contratual quando o credor não pode reclamar ou obter a execução ao natural; o artigo 1.142 prevê que toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve (isto é, se paga) em perdas-e-danos em caso de inexecução por parte do devedor; o artigo 1.147 funda a dívida relativa a perdas-e-danos sobre a inexecução ou o retardo na execução da obrigação, e não sobre o dano causado ao credor pela falta do devedor. Nada nesse sistema revela confusão com o delito e o quase-delito tratados no título IV (Dos compromissos que se formam sem convenção), nos artigos 1.382 e seguintes. Portanto o código mantém ainda firmemente a distinção das fontes de obrigação e a vinculação das perdas-e-danos contratuais aos efeitos da obrigação convencional.

4. À primeira vista, é também o caso da doutrina clássica. A maioria dos autores distingue cuidadosamente os princípios que regem as perdas-e-danos devidos em caso de inexecução da obrigação contratual daqueles que se aplicam na ausência de contrato, pois eles em geral opõem nitidamente a infração de uma obrigação prévia da falta cometida na ausência de qualquer obrigação. A doutrina contemporânea que contesta o conceito de responsabilidade contratual realça apenas poucas exceções. De significativo há apenas Toullier, relativamente ao qual ela nota que ele aproxima a “culpa contratual” da “culpa delitual”.

Parece-nos que a doutrina dos comentadores do código é sem dúvida menos firme que aquela (a clássica). Huc, citado entre os autores que fazem da oposição das duas culpas “um *leitmotiv* doutrinal”, indica que “as regras (...) dos artigos 1.149 a 1.151, conquanto formuladas a propósito das obrigações convencionais, são contudo aplicáveis às perdas-e-danos imputados em razão de uma falta cometida na ausência de qualquer obrigação prévia (...) Será preciso, portanto, aplicá-las notadamente em matéria de delito civil, vale dizer, em matéria de violação voluntária de um dever comum a todos”. Huc favorece assim a confusão das perdas-e-danos contratuais e delituais. É sobretudo o fundamento atribuído pela doutrina clássica ao direito a perdas-e-danos em caso de inexecução da obrigação contratual que é propício a uma aproximação (ao menos parcial) com o direito dos delitos. Neste particular, alguns comentários do código distinguem, acompanhando Pothier, o caso onde a inexecução é devida a uma simples culpa e aquele onde ela é imputável ao dolo do devedor. Na primeira hipótese, “a verdadeira causa da obrigação subsidiária às perdas-e-danos reside numa cláusula tácita da própria convenção, pela qual o devedor concorda em indenizar o credor no caso de a obrigação principal não ser exe-

cutada”. Ao contrário, no caso de dolo do devedor “a causa da obrigação às perdas-e-danos (...) não é mais, como na primeira hipótese, uma cláusula tácita e subsidiária da convenção; porque não é possível supor uma cláusula pela qual as partes, prevendo o dolo de uma delas, tenham querido restringir a responsabilidade que devia resultar de seu ato fraudulento. É portanto do próprio dolo que procede a obrigação de reparar as seqüelas; e M. Bigot-Prémeneu exprimia muito bem esta causa, na Exposição de Motivos, afirmando que o dolo estabelece, contra aquele que o comete, uma nova obrigação, diferente da obrigação do contrato (Locré, t. XII, pág. 330); obrigação nova, com efeito, independente do consentimento do devedor, e pela qual ele se obriga, queira ou não queira, a reparar todo o prejuízo, que causou ao credor em razão da inexecução da obrigação”. Desta feita a causa da obrigação subsidiária às perdas-e-danos não é mais o contrato; é a lei.

Ressalvada essa situação, pode-se contudo aderir à constatação estabelecida por Philippe Remy: a doutrina clássica concebe de preferência as perdas-e-danos contratuais como um substituto da execução *in natura*, e a confusão com um direito de reparação só virá mais tarde.

5. O Prof. Remy, com efeito, demonstrou recentemente, em magistral estudo, que foi sem dúvida Planiol quem involuntariamente forjou os instrumentos necessários à invenção da responsabilidade contratual. Em sua defesa da culpa contra a teoria da garantia sustentada por Sainctelette, Planiol contesta a oposição tradicional entre a culpa contratual, que será presumida, e a culpa delitual, que deverá ser provada. Na realidade, nos dois casos a culpa cria uma obrigação: a de reparar o dano causado; nos dois casos, a culpa pressupõe a existência de uma obrigação anterior, sendo que ela, a culpa, consiste num fato que é a violação dessa obrigação. Planiol forja portanto uma noção geral da culpa que engloba a violação das obrigações legais e a violação das obrigações convencionais. Como considera, por outro lado, que todas as obrigações decorrem do contrato ou da lei, que são suas fontes primordiais, e que a infração a essas obrigações tem por efeito transformá-las todas numa nova obrigação de reparar o dano causado por essa infração, Planiol fornece todos os elementos de uma mudança de natureza do direito a perdas-e-danos do credor; sua fonte não é o contrato, mas um fato: a inexecução da obrigação; seu objeto não é executar a obrigação, pagar, mas sim indenizar o credor do prejuízo que ele sofreu.

6. Na filiação doutrinária de Planiol, sãs as Lições de Direito Civil, de H., L. e J. Mazeaud, que atualmente exprimem mais claramente essas idéias. Segundo esses autores, que criticam a aproximação da responsabilidade contratual dos efeitos da obrigação, “a responsabilidade contratual é uma fonte de obrigação, tanto quanto a responsabilidade delitual. Sem dúvida uma obriga-

ção já ligava o autor do dano e a vítima; mas a obrigação de que se trata é uma obrigação diferente, que substitui a primeira. Há sucessivamente duas obrigações; a primeira nasce do contrato, a segunda da responsabilidade contratual (...). A situação é a mesma em caso de responsabilidade delitual. Antes da efetivação do dano uma primeira obrigação existia, criada desta feita pela lei, e não pelo contrato. Por exemplo, a obrigação de não agredir fisicamente outra pessoa. A violação dessa obrigação faz nascer uma nova obrigação: a obrigação de reparar o dano resultando dessa violação. Os autores que separaram a responsabilidade contratual da responsabilidade delitual foram dessa forma levados a ignorar a unidade da responsabilidade civil”.

A partir da tese de Albert Brun, a doutrina dominante é de resto nesse sentido. Fundamentalmente, a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual são mecanismos da mesma natureza. Apenas diferenças de regime as opõem, fundadas essencialmente sobre a originalidade do fato gerador em matéria contratual: a inexecução de uma obrigação decorrente da convenção.

7. Sem dúvida sempre houve autores fiéis à análise clássica, bem como doutrinas divergentes. Mas de alguns meses para cá as fileiras dos contestadores se reforçaram. Denis Tallon e Philippe Remy vieram se juntar a Philippe Le Tourneau, que há muito tempo critica a análise do direito do credor a perdas-e-danos feita sob a ótica de um direito de reparação. O primeiro de início combateu a apresentação da inexecução do contrato dada pela doutrina dominante, antes de atacar a noção de culpa contratual. O segundo, a partir de uma crítica geral de nosso sistema de responsabilidade, extraiu e amplificou uma contestação do próprio conceito de responsabilidade contratual.

8. Essas críticas se juntam em torno da necessidade de se retornar à análise clássica do direito às perdas-e-danos em caso de inexecução da obrigação, e de se abandonar o “falso conceito” de responsabilidade contratual, cujo fim próximo prevêm (I).

Apesar da seriedade dessas críticas e da autoridade de seus autores, parece-nos ser ainda muito cedo para aderir incondicionalmente a uma proposta dessa natureza. Ainda não se ponderou sobre todos os aspectos da questão, e o abandono da responsabilidade contratual constitui uma mutação muito importante para ser decidida sem novas reflexões. Antes de se decidir de uma vez por essa solução funesta, parece-nos desejável conferir, à responsabilidade contratual, pelo menos um adiamento (II).

### **I – Uma morte anunciada**

9. Para os autores que sustentam a mencionada proposição, a morte próxima da responsabilidade contratual é uma necessidade. Com efeito, esse

“falso conceito” repousa sobre uma confusão. Contrariamente às perdas-e-danos conferidas à vítima em matéria delitual, as prerrogativas atribuídas ao credor em caso de inexecução da obrigação não têm por objeto a reparação de um prejuízo. Elas se destinam unicamente a lhe propiciar a satisfação que ele podia esperar da execução do contrato. Não se trata de indenizar, mas de pagar.

A recepção desse “falso conceito” pelo moderno direito das obrigações é portanto a causa de uma imensa desordem (A). A reordenação que se impõe só pode vir de sua supressão (B).

A – A constatação de uma desordem

10. A desordem que afeta o moderno direito das obrigações é, em verdade, uma dupla desordem. Uma vez que a responsabilidade contratual é uma “falsa responsabilidade”, é natural que tal desordem atinja principalmente o direito da responsabilidade.

Mas como a responsabilidade contratual constitui uma mistura de gêneros inaceitável – uma espécie de monstro –, o contrato obviamente não pode sair totalmente incólume da confusão. Apesar de ser este um aspecto menos enfocado, a crítica do conceito de responsabilidade contratual repousa igualmente sobre a constatação de uma alteração da pureza do contrato.

A desordem está portanto instalada, ao mesmo tempo, no direito do contrato (1º) e no direito da responsabilidade (2º).

1º) No direito do contrato

11. Na ordem contratual, o “falso conceito” de responsabilidade contratual é de início acusado de trazer uma “apresentação fragmentada” da inexecução da obrigação. Contrariamente à *common law*, que dá uma visão global dos remédios de que dispõe o credor em caso de inexecução da obrigação – em caso de *breach of contract* –, a doutrina francesa, seguindo os redatores do código civil, dispersa as sanções da inexecução em apresentações, em suma, muito diferentes segundo os autores. Alguns tratam a responsabilidade contratual e as regras especiais da inexecução dos contratos sinalagmáticos sob a rubrica “violação do liame contratual”, estando a execução forçada vinculada ao regime geral da obrigação. Outros analisam a exceção de inexecução e a resolução por inexecução num volume consagrado aos efeitos do contrato, estando a responsabilidade contratual em confronto com a responsabilidade delitual, em outro volume consagrado à responsabilidade. Essa dispersão apresenta graves inconvenientes. De início, ela leva a mascarar questões essenciais, tais como a opção entre a resolução e a execução forçada oferecida pelo art. 1.184 alínea 2 ao credor ou a possibilidade de execução às expensas do devedor prevista pelo art. 1.144. Sobretudo, os autores que aproximam a res-

ponsabilidade contratual e a delitual têm em vista o direito a perdas-e-danos principalmente em sua função reparadora, não o visualizando pelo que deveria ser, ou seja, uma execução, por equivalência, da obrigação. Dessarte, eles favorecem a invasão do contrato pelo delito, fazendo o primeiro perder sua originalidade. É a responsabilidade delitual que serve erradamente de modelo, notadamente quanto às condições do direito às perdas-e-danos. Tratando-se do prejuízo, por exemplo, seu papel é contudo muito diferente nos dois domínios. Em matéria delitual, ele é a fonte da obrigação de reparar, enquanto que em matéria contratual ele serve apenas para medir a extensão da execução por equivalência.

Em seguida, o conceito de responsabilidade contratual é suspeito de favorecer a perda de sentido das regras do código. Assim, a limitação do direito a perdas-e-danos ao que foi previsto ou se podia prever por ocasião do contrato (art. 1.150 c. civ.), confrontada com o princípio de reparação integral em matéria delitual, aparece como um exceção que a jurisprudência tende a aplicar de maneira marginal.

No fundo essa confusão provém de um erro muito mais grave, que consiste em fazer o contrato desempenhar um papel que não é o seu.

12. No que concerne ao contrato, a crítica fundamental subjacente é com efeito a seguinte: tratando o direito a perdas-e-danos do credor como a reparação de um prejuízo, se favorece a utilização do contrato para um fim que não é naturalmente o seu. Se não se trata de pagar, isto é, de executar a obrigação contratual, mas sim de reparar o dano sofrido por uma vítima, as perdas-e-danos contratuais podem ser utilizadas para esse fim desde o momento em que exista um prejuízo relacionado com a execução do contrato. A seguir tal tendência, o risco é ignorar progressivamente o contrato, e estender-lhe artificialmente o conteúdo obrigatório a fim de assegurar a indenização de uma vítima. Todos sabem que foi a isto que se chegou com a obrigação contratual de segurança. A jurisprudência a descobriu no contrato de transporte apenas para facilitar a indenização das vítimas numa época em que o domínio e o regime da responsabilidade delitual do fato das coisas não estavam, ainda, claramente fixados. E foi também o que se reproduziu toda vez que a jurisprudência vinculou ao contrato, mais ou menos artificialmente, uma obrigação acessória, com a finalidade única de assegurar a indenização de um prejuízo experimentado pelo credor.

Mas agora o juiz altera profundamente o objeto do contrato. O contrato é um instrumento de troca de bens e serviços. Ele existe para assegurar a circulação da riquezas, não para permitir a reparação dos danos. Sua utilização com tal finalidade, aliás, incentiva o forçá-lo, o crescer-lhe obrigações que as

partes não quiseram realmente. Portanto a responsabilidade contratual instala a desordem no âmago do contrato. Dessarte, seu abandono é um empreendimento de restauração do contrato.

Reciprocamente, dando ao contrato um objeto que retorna naturalmente à responsabilidade, esse “falso conceito” perturba gravemente esta última.

## 2º) No direito da responsabilidade

13. É longa a lista de gravames atribuídos à responsabilidade contratual. Ela multiplica os conflitos de fronteira entre as duas ordens de responsabilidade, torna injustificável o princípio da não cumulação e complica a indenização de certas vítimas.

Há conflito de fronteira entre as duas ordens de responsabilidade sempre que se hesita sobre a natureza contratual ou delitual da ação da vítima. As manifestações do fenômeno são por demais conhecidas para que se demore longamente no assunto.

Em matéria de assistência a jurisprudência hesita sobre a natureza da ação da vítima ferida na ocasião em que estava a prestar ajuda a outrem. A jurisprudência dominante aplica as regras da responsabilidade contratual, considerando que uma verdadeira convenção se estabeleceu entre as partes, convenção essa que faz nascer uma obrigação acessória de segurança a cargo do beneficiário da ajuda. Mas existem decisões divergentes que se recusam a aplicar as regras da responsabilidade contratual, julgando que não se formou verdadeira convenção entre os partícipes da atividade. Todos conhecem, por outro lado, as vicissitudes da indenização dos acidentes de equitação, reconduzidos ao seio da responsabilidade delitual após terem sido indenizados sob o fundamento da falta a uma obrigação contratual de segurança de meios. Sabe-se também a quais hesitações deu lugar a indenização do dano sofrido por uma parte numa das convenções integrantes de um grupo de contratos, em razão da inexecução, por parte do devedor, de uma obrigação decorrente de um outro contrato do grupo, antes que a Corte de Cassação lembrasse solenemente que a ação, no caso, só pode ser delitual, ante a ausência de contrato entre eles.

14. A invenção da responsabilidade contratual fez também com que o princípio da não cumulação perdesse sua racionalidade. Essa regra, que impede invocar os mecanismos da responsabilidade delitual em caso de dano causado ao credor pela inexecução de uma obrigação, se compreende facilmente quando se reconhece a verdadeira natureza das perdas-e-danos contratuais. É impossível invocar um mecanismo que serve para reparar um prejuízo, quando o que se reclama, realmente, é a execução de uma obrigação. Duas técnicas que não têm o mesmo objeto não correm o risco de serem confundidas. Por

outro lado, o princípio se torna dificilmente justificável quando se atribui à responsabilidade delitual e à “responsabilidade contratual” a mesma natureza e o mesmo objeto. Se se trata, nos dois casos, de reparar um prejuízo, por que a indenização deve obedecer a princípios diferentes para um mesmo tipo de dano, segundo a qualidade da vítima (terceiro ou parte)? Por que a reparação não pode ser feita, em todos os casos, segundo as mesmas regras? E, se existem dois regimes, por que a vítima não pode escolher? No fundo, o que é criticável é essa coexistência de dois regimes de responsabilidade. No rigor dos princípios, deveria haver apenas uma forma de responsabilidade (a responsabilidade delitual) para a reparação dos danos que não provêm da inexecução da obrigação contratual, concernindo os outros à execução por equivalência, ao pagamento.

15. Enfim, a responsabilidade contratual desfavorece certas vítimas, cuja indenização complica. Esse resultado se deve ao fato de que o regime do contrato influi necessariamente sobre as obrigações incluídas à força pelo juiz no contrato a fim de fundamentar a indenização. Segundo a economia do contrato, as modalidades de sua execução, etc., o devedor se obrigará mais ou se obrigará menos, de acordo com as particularidades de cada caso. Assim, em matéria de segurança das pessoas, a jurisprudência não pôde consagrar, de modo uniforme, uma obrigação de resultado a cargo do devedor. Com o resultado paradoxal de que o credor de uma simples obrigação de segurança de meios deve provar a culpa do devedor, numa situação onde ele seria dispensado se pudesse invocar a responsabilidade (delitual) do fato das coisas. Assim, uma invenção destinada a favorecer as vítimas se volta portanto, ao fim e ao cabo, contra as próprias vítimas.

16. A esses gravames, que constituem um todo coeso, se poderiam juntar outros escolhos perigosos, entre os quais a irritante questão da relatividade da falta contratual. Esquemáticamente se trata de saber em que condições um terceiro pode reclamar reparação de seu prejuízo quando este provém da inexecução ou má execução de sua obrigação por um contratante. Mais precisamente, trata-se de determinar se o terceiro pode invocar a infração contratual para caracterizar uma falta delitual do devedor em relação a si. Sobre esse ponto a jurisprudência se mostra também particularmente hesitante, pois depois de ter exigido nitidamente da vítima que esta estabelecesse uma culpa “considerada em si mesma, e independentemente de todo ponto-de-vista contratual”, ela atualmente deduz a culpa delitual, de modo freqüente, da simples infração contratual.

Esse tipo de confusão não deveria mais ser permitido, se se quer realmente admitir que as perdas-e-danos contratuais são devidas ao credor em

caso de inexecução da obrigação, que portanto pode ser invocada por ele de forma exclusiva; e que os terceiros, d'outro lado, devem se fundar num outro tipo de infração para obter reparação de seu prejuízo.

Para reordenar nosso direito da responsabilidade, seria portanto necessário eliminar de nosso arsenal jurídico este falso conceito de responsabilidade contratual.

#### B – A necessidade de um reordenamento

17. Todos concordam sobre a necessidade de reordenar nosso direito da responsabilidade, particularmente no sentido de suprimir as diferenças quanto ao regime aplicável à indenização do prejuízo corporal, diferenças essas ligadas à qualidade de terceiro ou de co-contratante que a vítima ostente. Mas se a percepção do mal é largamente partilhada, divergem radicalmente as opiniões acerca dos meios de combatê-lo. A jurisprudência, a lei e a doutrina forjaram remédios que os autores que contestam a responsabilidade contratual excluem, em razão de sua insuficiência (1º). A supressão desta última é o único remédio que pode ser seriamente preconizado (2º).

##### 1º) Os remédios excluídos

18. Confrontados com as dificuldades suscitadas pela existência de duas ordens de responsabilidade para a indenização do dano corporal, a doutrina, o juiz e o legislador desenvolveram três tipos de ação: a desconstratualização da segurança (a), a fabricação de clones da responsabilidade delitual (b) e a elaboração de responsabilidades legais (c).

##### a) A desconstratualização da segurança

19. Uma vez que a maioria das dificuldades concerne à coexistência de duas ordens de responsabilidade para a indenização do prejuízo corporal, o meio mais simples e mais evidente de pôr fim à situação consiste na desconstratualização da segurança e na admissão da reparação apenas sob um fundamento delitual. Mesmo quando o dano é causado ao credor pela inexecução ou má execução duma obrigação contratual, a competência deveria voltar-se exclusivamente aos artigos 1.382 e seguintes do código civil. Desta forma, os princípios de indenização seriam os mesmos, seja a vítima um contratante ou um terceiro. Para os contratantes, não se haveria mais de aplicar a problemática distinção entre as obrigações de meio e de resultado. E para os terceiros tudo dependeria da fonte do dano, e particularmente da intervenção de uma coisa em sua produção. Se o dano é devido ao fato de uma coisa, é preciso aplicar a responsabilidade sem culpa do artigo 1.384 do código civil. Na ausência de intervenção de uma coisa na produção do dano, reencontra seu domínio a responsabilidade por culpa provada, dos artigos 1.382 e 1.383 do código civil.

No seio da doutrina francesa, uma forte corrente se esboça assim para sustentar a necessidade de uma desconstrução da segurança. A própria jurisprudência parece estar engajada nessa empreitada, ao menos no que concerne aos danos causados pelas coisas entregues à guisa de execução do contrato. Nessa matéria, ela de início separou a segurança da garantia dos vícios ocultos, para fazer dela uma obrigação autônoma, pois admitiu que essa obrigação aproveita aos terceiros tão bem quanto ao co-contratante. Esta é uma das contribuições fundamentais do célebre arresto de 17 de janeiro de 1995, pelo qual a primeira câmara civil da Corte de cassação julgou que “o vendedor profissional é obrigado a fornecer produtos isentos de todo vício ou de todo defeito de fabricação capaz de criar um perigo para as pessoas ou bens; pois nesse aspecto ele é responsável tanto em relação a terceiros quanto em relação ao adquirente do produto”. A imensa maioria dos comentadores considera que essa decisão define uma separação da obrigação de segurança em relação ao contrato. Com efeito, “uma obrigação que se destina a aproveitar tanto a terceiros quanto às partes não tem mais grande coisa de contratual”. Não é igualmente exato falar de obrigação em relações extracontratuais, pois a noção de obrigação evoca o contrato: seria melhor consagrar aqui uma responsabilidade de pleno direito, por risco.

Trata-se do mesmo arresto que pela primeira vez recorreu muito claramente a um segundo remédio, que consiste em fabricar um clone da responsabilidade delitual destinado a reger as relações entre contratantes.

#### b) Os clones da responsabilidade delitual

29. Apesar de sua existência ser até então objeto de discussão, o arresto de 17 de janeiro de 1995 consagrou expressamente uma responsabilidade contratual do fato das coisas, decidindo que “contratualmente obrigada a garantir a segurança dos alunos que lhe são confiados, um estabelecimento de ensino é responsável pelos danos que lhes sejam causados não somente por sua culpa, mas também pelo fato das coisas que utiliza para a execução de sua obrigação contratual”. Sem dúvida não se trata de um clone perfeito, não sendo indubitavelmente o domínio e o regime da responsabilidade contratual do fato das coisas estritamente idênticos aos da responsabilidade delitual. Mas pelo menos o método é claro: trata-se de imitar em matéria contratual os princípios da responsabilidade delitual, a fim de evitar diferenças de tratamento que pudessem ser desfavoráveis à vítima, particularmente ter que provar uma culpa do devedor.

O mesmo fenômeno de imitação é observável em matéria de responsabilidade pelo fato de outrem. A responsabilidade delitual dos comitentes pelo fato de seus prepostos tinha um equivalente em matéria contratual: a responsa-

bilidade contratual pelo fato de outrem. Aliás a semelhança é tal que a jurisprudência tende a confundí-las, aplicando uma em lugar de outra na ignorância dos domínios respectivos dessas duas formas de responsabilidade.

Alguns julgam portanto que em lugar de se reproduzir imperfeitamente, pela via pretoriana, a responsabilidade delitual, seria melhor confiar ao legislador a incumbência de criar novos regimes.

c) As responsabilidades legais

21. O terceiro e último remédio para a desordem que reina atualmente em nosso direito da responsabilidade, invocada em suas preces por uma importante parte da doutrina, é “que o legislador, que tudo pode fazer, nos fabrique “responsabilidades legais” que não fosse preciso fazer entrar, a todo custo... nas duas categorias “contratual” e “delitual”... para respeitar uma simples classificação abstrata e teórica. Dito de outra forma, trata-se de consagrar regimes de responsabilidade uniforme, que se aplicassem indiferentemente aos contratantes e aos terceiros. O direito positivo fornece alguns exemplos desse tipo de responsabilidade.

O artigo 1º da lei de 5 de julho de 1985, relativa à melhoria da situação das vítimas de acidente da circulação, prevê que o texto se aplica às vítimas de um acidente da circulação “mesmo quando elas sejam transportadas em virtude de um contrato”. A diretiva de 25 de julho de 1985, relativa à responsabilidade por fato dos produtos defeituosos, instaura um regime de responsabilidade dos fabricantes e produtores aplicável a todas as vítimas de um defeito de segurança do produto, quer elas sejam co-contratantes ou não. O novo artigo 1.386-2 do código civil, oriundo da lei de 19 de maio de 1998 e relativo à responsabilidade pelo fato dos produtos defeituosos, que enfim põe o direito francês em conformidade com o texto da Comunidade Européia, dispõe que “o produtor é responsável pelo dano causado por um defeito de seu produto, seja ele ligado ou não à vítima por um contrato”. O mesmo tipo de uniformização é proposto, por uma doutrina particularmente autorizada, para as responsabilidades profissionais.

Contudo, este remédio, como os dois outros, é considerado impróprio pelos autores que preconizam a supressão pura e simples da responsabilidade contratual.

22. A supressão da responsabilidade contratual impõe-se de início em razão da insuficiência de certos remédios propostos.

A extensão da obrigação de segurança para fora do campo contratual, realizada pelo aresto Sociedade Planeta Wattohm, deixa subsistirem escolhos perigosos. A Corte de cassação bem que tentou julgar que o vendedor profissio-

nal é responsável pelo defeito de segurança dos produtos tanto em relação a terceiros quanto em relação ao adquirente, mas o que resta do julgado é que existe no direito positivo dois tipos de responsabilidade que não obedecem ao mesmo regime. O aresto de 17 de janeiro de 1995 chega a unificar o fato gerador da responsabilidade, mas como apagar as diferenças relativas à extensão da reparação, à prescrição, ao regime das cláusulas de exoneração... Como se poderiam aplicar as regras da responsabilidade contratual em face de um terceiro sem retornar (ao menos parcialmente) à solução do aresto Besse? Sem dúvida é mais fácil conduzir a desconstrução da segurança a seu último ponto e considerar, em sentido inverso, que as regras da responsabilidade delitual devam se aplicar integralmente entre co-contratantes, porque mesmo entre eles a segurança não é contratual... A doutrina que critica o conceito de responsabilidade contratual considera aliás que “em relação ‘às fraturas de braços e mortes de pessoas’ (J. Carbonnier) a competência pertenceria naturalmente, e exclusivamente, ao direito dos delitos e quase-delitos”.

Mas a desconstrução da segurança não é um remédio suficiente, porque se atém apenas a uma manifestação do mal, e não a suas raízes. Ela exclui do conteúdo obrigatório do contrato a artificial obrigação de segurança, mas não contesta a função indenitária das perdas-e-danos contratuais.

23. As críticas dirigidas contra os dois outros remédios são muito mais vivas, porque tais paliativos repousam justamente sobre uma confusão total do papel das perdas-e-danos em matéria contratual e em matéria delitual. Se a jurisprudência pode importar em matéria contratual os princípios da responsabilidade delitual, e se o legislador pode criar regimes aplicáveis indistintamente aos contratantes e aos terceiros, é unicamente porque as perdas-e-danos endereçadas ao credor em caso de inexecução da obrigação tem o mesmo papel daquelas satisfeitas à vítima no direito dos delitos. Trata-se, nos dois casos, de reparar um dano. A única diferença reside no fato gerador em matéria contratual: a inexecução ou má execução da obrigação, que imprime à responsabilidade uma certa originalidade. Mas sendo fundamentalmente os mesmos a natureza e o papel dessas somas de dinheiro, permite-se imitar uma dessas responsabilidades na outra, ou fundí-las num regime uniforme. Os clones pretorianos da responsabilidade delitual e as responsabilidades legais constituem portanto o ponto máximo da confusão da responsabilidade e do pagamento.

#### 2º) O remédio preconizado

24. No direito dos delitos e quase-delitos, a soma de dinheiro endereçada à vítima tem por objeto reparar o prejuízo que ela sofreu, compensar as consequências do atentado praticado contra seus interesses. Dá-se diferentemente em matéria contratual. A soma paga ao credor é destinada a colocá-lo

na situação que seria a sua se a obrigação tivesse sido cumprida. Dito doutra forma, não se trata de reparar um prejuízo, mas simplesmente de dar ao credor aquilo a que ele tinha direito, em virtude do contrato.

Vêm-se bem os benefícios advindos do apregoado retorno à pureza dos conceitos.

De início, se evitará a contaminação da matéria contratual pelo direito dos delitos e se reencontrará o sentido original dos textos do código. Assim, a regra do artigo 1.150, que limita as perdas-e-danos a cargo do devedor àquelas que foram previstas ou que poderiam ter sido previstas por ocasião do contrato, atualmente de aplicação residual, deverá ser seguida com mais constância. Tratando-se de fornecer ao credor o equivalente da vantagem que lhe teria proporcionado a execução, é evidente que esse equivalente não pode ultrapassar o que foi previsto.

Em seguida, deverão desaparecer os conflitos de fronteira entre as duas ordens de responsabilidade. Os princípios que regem as perdas-e-danos contratuais deverão se aplicar somente quando for o credor o que se queixe da inexecução da obrigação decorrente do contrato. Em todos os outros casos, é o direito dos delitos que deverá reencontrar seu domínio, quer se trate de um terceiro que se queixe de um prejuízo decorrente da inexecução da obrigação contratual ou do co-contratante que invoque um dano que não se vincule estritamente à inexecução da obrigação contratual (como uma falta em relação à segurança).

Na correta linha desse reordenamento, a regra da não cumulação reencontra sua evidência. Não há como hesitar a respeito das regras aplicáveis, quando umas têm por objeto o pagamento e as outras a compensação de um prejuízo. O credor que reclama a execução por equivalência deve se fundar nas regras contratuais. Os terceiros que reclamam a indenização de um dano causado pela inexecução da obrigação, bem como o credor que se queixa de coisa diversa da inexecução da obrigação, devem invocar a responsabilidade delitual.

Em princípio, os benefícios parecem evidentes, e se é tentado a aderir sem reserva à morte da responsabilidade contratual. Contudo, todas as suas conseqüências ainda não foram claramente delimitadas, e assim se pode dar um pouco mais de tempo antes de se resolver por esse remédio radical.

25. Felizmente não existe possibilidade de interferência na marcha das teorias jurídicas. A doutrina é livre para favorecer as evoluções que lhe parecem necessárias ou desejáveis. Mas é responsabilidade sua medir, enquanto é tempo, os efeitos da mudança proposta. Ora, os autores que propõem um abandono puro e simples da responsabilidade contratual até agora deixaram na

sombra certas conseqüências da transformação que sugerem. E é esta lacuna que convém tentar preencher. Não se trata de definir, nessa primeira abordagem, todas as implicações do abandono da responsabilidade contratual, mas simplesmente de abrir certos caminhos. Não se trata tampouco, no estado atual da reflexão, de tomar uma posição categórica. Mas as interrogações que essa reflexão desperta sugerem que sem dúvida convém conferir, à responsabilidade contratual, pelo menos um adiamento.

## **II – Um adiamento desejável**

26. O abandono do conceito de responsabilidade contratual necessita evidentemente de uma mudança total de nossa percepção da inexecução do contrato, mudança essa que deve se traduzir por uma transformação da linguagem. É preciso banir as noções e palavras como “culpa”, “prejuízo”, “liame de causalidade”, da análise da inexecução do devedor. O abandono de um século de hábitos de pensamento demandará tempo, e não há certeza de que a jurisprudência subscreva facilmente as novas concepções. Atualmente ela concebe de forma nítida o direito às perdas-e-danos do credor, em caso de inexecução, como uma forma de responsabilidade. Convém por à prova o período de aclimatação da nova análise do direito às perdas-e-danos do credor, a fim de refletir mais sobre o destino da responsabilidade contratual.

Uma vez que sua supressão é concebida, pelos autores que a defendem, como o remédio para um mal, convém portanto, antes de subscrever uma prescrição assim radical, se assegurar da adaptação do remédio ao mal. Isto pressupõe um duplo exame: o dos efeitos do remédio (A), e o dos próprios fundamentos da prescrição (B).

### **A – Para avaliar os efeitos do remédio**

27. Certo número de efeitos benéficos esperados foram evocados ao apresentar as causas da morte anunciada da responsabilidade contratual. Resolvendo inevitáveis dificuldades de elaboração (quem é co-contratante, quem é terceiro? em que obrigações as partes estão realmente concordes?...), trata-se no conjunto de benefícios reais, próprios a favorecer um certo reordenamento de nosso direito dos contratos e da responsabilidade.

Poder-se-á sem dúvida descobrir outros efeitos benéficos, mas convém se assegurar de que a supressão da responsabilidade contratual não esteja fundada (em parte) sobre a expectativa de benefícios ilusórios, e não corra o risco de se fazer acompanhar de efeitos nocivos.

Inicialmente a verificação há de ser feita em relação ao direito às perdas-e-danos do credor (1º), e depois, de forma mais abrangente, em relação ao contrato (2º).

### 1º – Em relação ao direito às perdas-e-danos do credor

28. Antes de analisar os efeitos do abandono da responsabilidade contratual sobre o direito às perdas-e-danos do credor, convém observar que a mudança proposta se faz sob o fundamento de textos estáveis. É suficiente reencontrar seu sentido original, considerando que as perdas-e-danos não são destinadas a reparar um prejuízo, mas a proporcionar ao credor uma satisfação por equivalência.

Essa releitura reflete sobre o domínio do direito às perdas-e-danos contratuais (a), sobre suas condições (b) e sobre sua extensão (c). As três questões são, aliás, intimamente ligadas.

#### a) Domínio do direito às perdas-e-danos

29. Em se tratando do domínio do direito a perdas-e-danos contratuais, basta lembrar o que dissemos a respeito do reordenamento do direito da responsabilidade, do desaparecimento dos conflitos de fronteira e da regra da não cumulação.

Os artigos 1.146 e seguintes do código civil se aplicam apenas quando é o credor quem reclama de haver sofrido uma perda ou de haver sido privado de um ganho em razão da inexecução ou da má execução de uma obrigação criada pelo contrato. Em todos os outros casos, é o direito dos delitos e quase-delitos que se aplica: quando a inexecução da obrigação causa um dano a um terceiro, e quando o credor sofre uma perda ou a privação de um ganho que não se devem à inexecução de uma obrigação contratual.

Em relação às partes, a delimitação do direito às perdas-e-danos contratuais depende portanto, fundamentalmente, da determinação do conteúdo obrigatório do contrato, que o abandono do conceito de responsabilidade contratual permite definir estritamente.

#### b) Condições do direito às perdas-e-danos

30. Tratando-se das condições do direito às perdas-e-danos contratuais, todas as noções emprestadas do delito devem *a priori* ser canceladas: a culpa, o prejuízo e o liame de causalidade.

Em matéria contratual, a noção de culpa deve ser abandonada em proveito da de inexecução da obrigação. Sendo as perdas-e-danos contratuais destinadas a fornecer ao credor uma satisfação por equivalência, e não a indenizá-lo de um dano, basta que se pergunte se ele recebeu a prestação prometida. Na negativa, tem ele direito a perdas-e-danos sem que seja necessário indagar se o comportamento do devedor é ou não culposo. Como na *common law*, onde só se leva em conta a *breach of contract*, o direito do credor deve se fundar unicamente na inexecução da obrigação.

O benefício esperado dessa transformação é evidente. Trata-se de extirpar, de nosso direito das sanções da inexecução, a infernal distinção das obrigações em obrigações de meios e obrigações de resultado. A passagem por esta qualificação das obrigações é “um desvio lógico inútil: para determinar se a obrigação é ‘de meios’ ou ‘de resultado’, se examina sempre o conteúdo concreto do contrato, o que as partes declararam querer, ou o que diz, em seu lugar, a lei ou o juiz; basta pois que se pergunte: 1) o que o devedor devia; 2) se ele fez bem o que devia; a passagem por uma ‘qualificação’ da obrigação é uma fachada. Toda a questão do ‘fato gerador’ da responsabilidade contratual se encaminha em verdade à questão do conteúdo exato do contrato; como anuncia o artigo 1.137, é a extensão da obrigação contratual que se deve considerar, e não o aspecto de se saber se ‘a obrigação de reparar’ supõe ou não a prova de uma culpa do devedor”.<sup>(1)</sup>

31. A passagem pela qualificação das obrigações de meio e das obrigações de resultado constitui efetivamente um desvio inútil, e se pode legitimamente almejar o desaparecimento dessa distinção, cuja elaboração é de uma incrível complexidade. Mas pode-se também pensar, desse ponto-de-vista, que não há grande coisa a esperar do desaparecimento da responsabilidade contratual. Pela excelente razão de que se reencontrará de forma direta (como de resto almejam os partidários do abandono da responsabilidade contratual) justamente a questão que se tenta resolver, posta agora nestes termos: definir exatamente a que o devedor se obrigou (e saber se se pode executá-lo). E se constatará inevitavelmente que, conforme o caso, estará ele compromissado em maior ou menor grau, a simplesmente pôr suas faculdades a serviço do credor para tentar proporcionar-lhe uma vantagem, ou a lhe fornecer essa vantagem... ou seja, a prometer “meios” ou um “resultado”!

Nesse aspecto, o desaparecimento da responsabilidade contratual corre bem o risco de propiciar apenas um benefício ilusório.

32. Contudo, a transformação mais importante concerne ao prejuízo, que deve naturalmente desaparecer das condições do direito às perdas-e-danos, uma vez que se trata doravante de pagar, e não de indenizar. Pode-se medir a extensão da transformação a partir do exemplo seguinte.

Uma pessoa, dispondo de fundos, concorda em conceder um empréstimo a outra pessoa. Para se assegurar do reembolso da dívida, ele encarrega o redator do contrato de empréstimo de lhe fornecer um fiador solvente. O redator do contrato faz intervir no ato, garantindo o empréstimo, um fiador, cuja

---

(1) D. Tallon, *Pourquoi parler de faute contractuelle? Écrits en hommage à Gerard Cornu*, 1995, pág. 429.

solvência, entretanto, não verificou. Verifica-se contudo, felizmente, que o fiador dispõe de um patrimônio suficiente para o pagamento da dívida, em caso de inadimplência do mutuário. Pode o mutuante reclamar perdas-e-danos, de seu conselheiro faltoso?

Na concepção atual, a resposta será certamente negativa. O redator do ato bem que faltou a sua obrigação. Não verificou a solvabilidade do caucionador, apesar de seu cliente o haver incumbido de encontrar um fiador solvente. Mas a demanda do credor por perdas-e-danos será rejeitada, pois falta-lhe demonstrar um prejuízo. O fiador, apesar de tudo, é solvente, e o mutuante obterá dele o reembolso, em caso de inadimplência do devedor principal.

Em contrapartida, na execução por equivalência a análise muda. O cliente do redator do ato tinha uma vantagem com a execução da obrigação por este último: conceder o empréstimo com toda segurança. O credor não obteve satisfação, pois o devedor, omitindo-se na verificação da solvência do fiador, fez com que ele corresse um risco. Deve ele portanto obter perdas-e-danos destinadas a lhe proporcionar, por equivalência, a satisfação que não teve.

33. A verdadeira questão que se coloca agora é saber como avaliar o montante das perdas-e-danos na ausência de prejuízo. Neste caso, o direito inglês dos contratos confere ao credor uma soma simbólica, conhecida pelo nome de *nominal damages*. Contudo, a verdadeira solução consiste em avaliar o interesse que tinha o credor na execução da obrigação, satisfazendo-o sob a forma de uma soma em dinheiro. Mas na ausência de perda material ou de ganho frustrado, trata-se apenas de um interesse puramente moral, cuja avaliação é arbitrária e cuja indenização corre muito o risco de ser simbólica se não se quer sancionar mais severamente (e inutilmente) o devedor por uma inexecução que não causa nenhum verdadeiro dano ao credor.

Resta que, na imensa maioria dos casos, a inexecução causa um dano ao credor, pois a execução devia lhe proporcionar uma vantagem da qual foi ele privado. À primeira vista, portanto, as modalidades de fixação das perdas-e-danos correm o risco de ser afetadas apenas em casos limitados.

Contudo, se se deseja atribuir à mutação proposta toda sua dimensão, o abandono da responsabilidade contratual deve se projetar de maneira geral sobre a medida das perdas-e-danos contratuais.

c) A medida das perdas-e-danos

34. A regra é evidentemente aquela fixada pelo artigo 1.149 do código civil: “as perdas-e-danos devidas ao credor são, em geral, o prejuízo que teve e o ganho do qual foi privado...”. Mas é todo seu espírito que precisa ser revisto. As perdas-e-danos devem compensar a perda sofrida e o lucro frustrado. Mas

um e outro devem ser apreciados estritamente em função da vantagem que a execução devia proporcionar ao credor. Tratando-se da perda sofrida, por exemplo, só se pode conferir ao credor perdas-e-danos sob um fundamento contratual pela perda de patrimônio que ele sofreu em função da própria coisa objeto da obrigação. É preciso portanto distinguir cuidadosamente dois tipos de perdas-e-danos, como fazem os autores antigos: as perdas-e-danos intrínsecas, que correspondem à perda sofrida e ao ganho frustrado relativamente à própria coisa objeto da obrigação, e as perdas-e-danos extrínsecas, que correspondem às perdas causadas aos outros bens.

Um exemplo emprestado a Pothier permite ilustrar essa distinção. Um comprador de peças de madeira utilizou-as para apoiar um edifício. Este ruiu em razão de defeito naqueles materiais, uma vez que as peças de madeira entregues estavam podres. As perdas-e-danos intrínsecas correspondem à perda que o comprador experimentou, adquirindo como bom o que estava defeituoso. Consistem elas numa redução do preço de compra. Já as perdas-e-danos extrínsecas são aquelas que resultaram da perda da casa e dos móveis que a guarneciam.

35. No sistema de Pothier, a distinção se vincula à previsibilidade do dano. O vendedor das peças defeituosas se obriga, em princípio, apenas pelos danos intrínsecos, porque estes são os únicos que as partes puderam prever. Mas ele deve os danos extrínsecos sempre que estes tenham sido previstos e o devedor pelos mesmos tenha se obrigado, expressa ou tacitamente. E isto (a vinculação do devedor pelos danos extrínsecos) deve ser presumido quando se tratar de um homem do ramo, porque “a ignorância de sua parte não seria excusável num homem que faz profissão pública de um estado e de uma arte”. Ele os deverá da mesma forma quando seu próprio dolo der lugar às perdas-e-danos, “porque aquele que comete um dolo se obriga, *velit, nolit*, à reparação de todo o prejuízo que este dolo causar”.

36. Na execução por equivalência, parece que essa distinção deve desempenhar um papel diferente: delimitar os domínios respectivos do pagamento e da reparação, das perdas-e-danos contratuais e delituais. Essa transformação da medida das perdas-e-danos coloca essencialmente duas questões.

De um lado, ela implica forjar novas regras de avaliação próprias à matéria contratual, nitidamente distintas das aplicadas no direito dos delitos e fundadas exclusivamente na apreciação do interesse que o credor tem em relação à execução da obrigação. Nesse ponto, os autores que sustentam a proposição indicam uma direção: inspirar-se nas soluções do direito contratual inglês. É verdade que no direito inglês a avaliação das perdas-e-danos a cargo do devedor apresenta dificuldades significativas. Mas, por serem diferentes, não

são tais dificuldades, sem dúvida, maiores do que aquela que apresenta a avaliação do prejuízo em matéria delitual, e têm ao menos o mérito de preservar a originalidade do contrato.

D'outro lado, a elaboração desse método de avaliação necessita definir aquilo de que foi o credor privado em razão da inexecução, em relação direta com o que o devedor contratualmente prometeu. Mais uma vez é portanto o conteúdo obrigatório do contrato que é determinante.

2º – Em relação ao conteúdo obrigatório do contrato

37. Se bem que a idéia da supressão da responsabilidade contratual tenha sido forjada a partir da desordem que reina atualmente em nosso direito da responsabilidade, é evidente que esse remédio é também um paliativo à alteração do contrato, que desempenha hoje um papel que não é o seu. Limitando estritamente o direito às perdas-e-danos, para o credor, à vantagem que lhe devia proporcionar a execução, restitui-se ao contrato seu único objeto: a troca de bens e de serviços.

Este necessário “estritamento do contrato” implica numa descontratação em massa das obrigações acessórias, cuja extensão e importância convém medir, a fim de definir a eficácia dessa empresa de restauração do contrato.

38. Tratando-se da extensão da descontratação, é evidente que esta não poderia ser limitada apenas à obrigação de segurança, mesmo que tal obrigação seja a primeira a considerar. Ela naturalmente deveria se estender a todas as obrigações acessórias que o juiz introduziu à força no contrato. Certas obrigações de informação e de conselho que decorrem mais do exercício de uma profissão que da conclusão de um contrato deveriam ser rapidamente atacadas. Mas, nesse caminho, onde convém parar? Não convém excluir todas as obrigações que não foram realmente desejadas pelas partes? E então não seria preciso excluir do código civil o artigo 1.135 e seu vizinho, o artigo 1.134 alínea 3? E em que se transformaria a moralização das convenções, realizada graças a esses textos? Qual seria a situação do credor, privado do apoio dessas obrigações acessórias? Porque então, de duas uma. Ou a obrigação acessória corresponde em verdade a um dever geral – o que é certamente o caso da segurança (cada qual a deve a outrem), de forma menos evidente que os deveres de informação e de conselho – e o credor vítima de um dano pode se fundamentar nos artigos 1.382 e seguintes do código civil para no caso reclamar reparação ao respectivo autor. Ou a obrigação acessória decorre entretanto diretamente do contrato (como uma consequência que a equidade, os usos e costumes ou a lei dá à obrigação em função de sua natureza), não tendo qual

quer equivalente fora do contrato, e o credor vítima de um dano não pode, no caso, obter indenização. Não se correria o risco, para evitar esse resultado, de se verem eclodir artificiais deveres gerais próprios a fundamentar uma indenização? Nessa hipótese, o esperado reordenamento do direito dos contratos traduzir-se-ia ao final por uma nova desordem em nosso direito da responsabilidade, pela substituição de um artifício por outro.

39. Por outro lado, é o próprio contrato que corre o risco de ser atingido, segundo a intensidade que se imprimir à descontratualização das obrigações acessórias.

A descontratualização das obrigações acessórias não será prejudicada pelo desarranjo das previsões do devedor através do favorecimento da aplicação da responsabilidade delitual entre contratantes. Se a responsabilidade contratual desaparecer, cada devedor saberá que as regras contratuais valem apenas para a compensação da perda ou do ganho frustrado causado pela inexecução da obrigação, todo (outro) prejuízo surgindo do direito dos delitos e quase-delitos. A verdadeira questão é saber se as obrigações que serão destacadas do contrato – ou pelo menos algumas delas – serão imperativamente excluídas do campo contratual, se elas escaparão necessariamente à vontade das partes, ou se estas últimas poderão “contratualizar” os deveres gerais a que elas correspondem para prover as condições do direito a perdas-e-danos do credor.

Também aqui, a segurança das pessoas e bens é a primeira obrigação a considerar. Admitindo que se trata de um dever geral, as partes, num contrato, poderão contudo integrar esse dever geral a suas previsões, para assim delimitar o conteúdo e definir as condições da responsabilidade do devedor? Poderão elas decidir, por exemplo, que este último responderá pelo dano causado ao credor somente sob o fundamento de uma culpa provada, mesmo que o prejuízo seja devido ao fato de uma coisa, circunstância que normalmente provocaria a aplicação de uma responsabilidade delitual sem culpa? Neste domínio uma resposta negativa não significaria um recuo do contrato, na medida em que é duvidoso que as partes pudessem atualmente prover com bem entendessem a segurança do co-contratante, uma vez que a matéria concerne amplamente à ordem pública legislativa ou judiciária. Mas sem dúvida não acontece o mesmo em relação a todos os deveres, notadamente os de conselho e de informação, onde a convenção das partes pode às vezes definir utilmente o conteúdo dos deveres gerais.

A descontratualização das obrigações acessórias deveria portanto se acompanhar da possibilidade de “recontratualizar” pelo menos algumas delas, sob pena de um empreendimento de restauração do contrato vir a correr, paradoxalmente, o risco de se transformar em um novo declínio do contrato.

Os perigos de certos efeitos secundários de seu desaparecimento estimulam pois a reclamar, para a responsabilidade contratual, um adiamento. É que tais perigos se vinculam aos próprios fundamentos da prescrição, aos quais, para finalizar, convém retornar rapidamente.

B – Para reexaminar os fundamentos da prescrição do remédio

40. A supressão da responsabilidade contratual é indicada como remédio para uma desordem causada pela confusão da responsabilidade e do pagamento. Esta prescrição sugere três breves observações.

A primeira consideração concerne à exatidão do diagnóstico e à adaptação do remédio ao mal. Este último é talvez menos grave do que parece, e o remédio forte demais para combatê-lo. É verdade que é contestado o próprio conceito de responsabilidade contratual, mas o diagnóstico é estabelecido essencialmente a partir da desordem criada em nosso direito da responsabilidade pela obrigação contratual de segurança. Ora, não é certo que a responsabilidade contratual cause tantas perturbações fora desse domínio particular, porque poucas outras obrigações acessórias (à parte as obrigações decorrentes do exercício de uma profissão) estão em concorrência com um dever geral, suscitando que a indenização de um mesmo tipo de dano seja concebível ao mesmo tempo sob um fundamento contratual e um fundamento delitual. Além disso, existe um outro remédio talvez melhor adaptado a esse mal: descontratar a segurança. E não é mesmo útil descontratarizá-la totalmente, como sugerem alguns autores. A idéia segundo a qual a segurança está sempre fora do contrato nos parece inexata. Existe certamente um dever geral de não atentar contra a integridade física de outrem. Mas tal dever não exclui, necessariamente, toda e qualquer vinculação da segurança das pessoas ao contrato. Mesmo que apenas muito raramente seja ela objeto da obrigação principal, a segurança deve permanecer contratual sempre que a execução do contrato expõe a pessoa do credor (ou seus bens) a um perigo que os terceiros não correm. Não seria preciso, portanto, condenar a responsabilidade contratual, onde é suficiente evacuar do contrato as obrigações que nada têm de contratuais. A verdadeira dificuldade é delimitar a esfera das obrigações acessórias, fazer a triagem entre aquelas que podem ser razoavelmente vistas como um conseqüência natural da obrigação principal e aquelas que são vinculadas apenas artificialmente ao contrato.

41. As duas outras observações, complementares, se aplicam à composição do remédio: a execução por equivalência, tida por substituta da responsabilidade contratual.

Em primeiro lugar, a execução por equivalência supõe, por hipótese... uma inexecução. Pretende ela fornecer ao credor justamente a satisfação que ele não teve. Ora, de qualquer forma que se considere, a execução e a inexecu-

ção não são simplesmente contrárias. A inexecução é um fato que se acresce ao contrato. Ela produz na situação das partes efeitos específicos, que não são simplesmente o inverso dos efeitos da execução. A diferença é particularmente nítida em caso de execução defeituosa da obrigação, em relação à qual os autores que contestam o conceito de responsabilidade contratual não estão verdadeiramente propensos. Em caso de execução defeituosa, a inexecução tem efeitos reflexos que não surgem, propriamente falando, da execução da obrigação. Tal se dá, por exemplo, quando o mau conserto feito por um mecânico provoca um acidente em que o proprietário do veículo sofre um prejuízo corporal. Apenas o fato de haver efetuado mal o trabalho interessa à execução da obrigação assumida pelo mecânico: realizar um conserto. A perda do veículo no acidente, bem como o dano corporal sofrido por seu proprietário, têm sua fonte no fato representado pela má execução dessa obrigação. A execução por equivalência obriga então a distinguir os diferentes tipos de “dano”. As perdas-e-danos contratuais podem compensar tão somente a perda sofrida pelo cliente por haver pago, por um mau conserto, o preço de um bom. Todo o resto deveria brotar da responsabilidade delitual. A responsabilidade contratual que se encarrega do conjunto dos prejuízos realiza uma simplificação oportuna, regulando ao mesmo tempo (e sem distinguir nitidamente, é verdade) o problema da execução e o da reparação dos danos causados pelo fato da inexecução. Esse segundo objeto confere à responsabilidade contratual um papel de restauração de uma situação perdida, idêntico ao da responsabilidade delitual, e do qual parece difícil prescindir.

Em seguida, a própria noção de execução por equivalência pode ser contestada. Executar não é fornecer ao credor exatamente aquilo que se lhe prometeu? Dar-lhe dinheiro em lugar de um bem ou de um serviço é verdadeiramente executar? Não será o caso de admitir, com Patrice Jourdain, que “dizer que as perdas-e-danos representam uma forma de execução por equivalência na realidade não passa de uma imagem”? E que, “propriamente falando, uma execução dessa espécie é inconcebível”?

Abandonando a responsabilidade contratual, não se corre o risco de considerar um dia – daqui a cem anos? – que a execução por equivalência é um falso conceito?