

Bibliothèque de l'Association  
Henri Capitant

## Droit du Brésil



## Les auteurs

**Marcos ALVES**

Professeur au Centre universitaire Curitiba (Unicuritiba)  
Pouvoirs sur les biens (possession)

**Heloisa Helena BARBOZA**

Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)  
Les personnes (droits de la personnalité dans le Code civil brésilien)

**João BERTHIER**

Professeur à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro  
(PUC-Rio)  
Droit du travail

**Ana Carolina BROCHADO**

Professeur au Centre universitaire UNA  
La famille (traduction Mariane KONDER COMPARATO)

**Alexandre F. DE ASSUMÇÃO ALVES**

Professeur à l'Université fédérale de Rio de Janeiro (UFRJ)  
et à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)  
Les entreprises (introduction ; forme des entreprises)

**Aline DE MIRANDA VALVERDE TERRA**

Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)  
et à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro (PUC-Rio)  
Les personnes (personnes physiques et morales)

**Rodrigo DE SOUZA COSTA**

Professeur à l'Université fédérale Fluminense (UFF)  
Droit pénal

**Cintia Muniz DE SOUZA KONDER**

Professeur à l'Université fédérale de Rio de Janeiro (UFRJ)  
et à l'Institut brésilien des marchés de capitaux (IBMEC/RJ)  
Histoire du droit, Sources et méthodes du droit  
(traduction Mariane KONDER COMPARATO)

- Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho**  
*Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)*  
 Responsabilité de l'administration (traduction Marcia Atalla Pietroluongo et Teresa Dias Carneiro)
- Gustavo Espírito Santo**  
*Docteur en droit à l'Université Paris II – Panthéon-Assas*  
 Domaine des biens
- Vera Fradera**  
*Professeur à l'Université fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS),  
 Président du groupe brésilien de l'Association Henri Capitant*  
 Introduction
- Ana Frazão**  
*Professeur à l'Université de Brasília (UnB)*  
 Encadrement de l'activité des entreprises
- Viviane Girardi**  
*Docteur en droit civil à l'Université de São Paulo (USP-SP)*  
 La famille (traduction Mariane Konder Comparato)
- Paula Greco Bandeira**  
*Docteur et master en droit civil de l'Université de l'État de Rio de Janeiro – UERJ*  
 Formation des contrats (traduction Mariane Konder Comparato)
- Carlos Nelson Konder**  
*Professeur à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)  
 et à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro (PUC-Rio)*  
 Exécution des contrats (traduction Mariane Konder Comparato)
- Ana Lucia Lira Tavares**  
*Docteur en droit de l'Université Paris II – Panthéon-Assas*  
 Cadre constitutionnel
- Marcela Maffei**  
*Professeuse à la Fondation Getúlio Vargas (FGV-RJ)*  
 Les entreprises (difficultés des entreprises)  
 (traduction Christian Desrondaux)
- Rose Melo**  
*Professeuse à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)*  
 La famille (traduction Mariane Konder Comparato)

- Ana Luiza Nevares**  
*Professeuse à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro (PUC-Rio)*  
 La famille (traduction Mariane Konder Comparato)
- Eduardo Nunes de Souza**  
*Professeuse à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)*  
 Les particularités du contrat administratif  
 (traduction Christian Desrondaux)
- Milena Oliva**  
*Professeuse à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)*  
 Utilisation des biens aux fins de sureté, Disposition des biens
- Marcos Póvoa**  
*Docteur en droit à l'Université Paris II – Panthéon-Assas*  
 Domaine des biens
- Pablo Rentería**  
*Professeuse à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro (PUC-Rio)*  
 Pouvoirs sur les biens (droits réels)
- Fernanda Sabrinni**  
*Docteur en droit, ATER à l'Université Paris II – Panthéon-Assas*  
 Les personnes (personnes physiques et morales)
- Gisela Sampaio da Cruz Guedes**  
*Professeuse à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)*  
 Les quasi-contrats (traduction Christian Desrondaux)
- Anderson Schreiber**  
*Professeuse à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ)*  
 Responsabilité de droit privé
- Gustavo Tepedino**  
*Professeuse à l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ),  
 Secrétaire Général du groupe brésilien de l'Association Henri  
 Capitant.*  
 Les personnes (la personnalité et les droits de personnalité)  
 (traduction Marcia Atalla Pietroluongo et Teresa Dias Carneiro)

**Adriana VIDAL**  
*Professeur à l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro (PUC-Rio)*  
Acteurs du droit

**Arnoldo WALD**  
*Avocat au Brésil, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ), Docteur Honoris Causa de l'Université Paris II – Panthéon-Assas, Président d'honneur du groupe brésilien de l'Association Henri Capitant*  
Introduction

## Sommaire

Introduction .....	13
Histoire du droit .....	19
Sources du droit .....	25
Cadre constitutionnel .....	31
Acteurs du droit .....	39
Droit pénal .....	45
Les personnes .....	51
La famille .....	59
Les biens .....	69
Le contrat .....	79
La responsabilité .....	89
Les quasi-contrats .....	97
Les entreprises .....	101
Droit du travail .....	109

La formation du contrat a donc lieu au moment où l'accord de volontés est constitué, par la déclaration de volontés explicites, ou bien tacites si la loi n'exige pas de manifestation explicite. Même le silence pourra déterminer la conclusion du contrat, pourvu que la volonté contractuelle en découle. Cette rencontre de volontés devient concrète à partir de la proposition réalisée par l'une des parties et acceptée par l'autre partie (C. civ., art. 427), en considérant le contrat comme conclu dans le lieu où il a été proposé (C. civ., art. 435). Cependant, si les parties résident dans des pays différents, on considère le contrat comme conclu dans le lieu où réside celui qui l'a proposé.

Par opposition à la formation classique des contrats, la formation progressive est admise, dans laquelle, malgré le fait qu'il n'y a pas perfectionnement de l'accord de volontés classique de la négociation légale, figure la volonté contractuelle des parties. Étudiée dans le domaine des relations de fait, la formation progressive des contrats traduit le concept selon lequel la relation contractuelle se définit progressivement dans le temps, moyennant le choix des éléments contractuels (tels que le prix, le mode d'exécution, etc.), à partir de négociations, échange de projets, réalisation de réunions, élaboration de mémorandum d'entente, engagements oraux, parmi d'autres éléments qui manifestent la volonté contractuelle des parties concernées. On dit ainsi qu'il y a *volonté contractuelle*, résultant de l'activité, capable de produire des effets juridiques, même s'il n'y a pas de *volonté de transaction*, ce qui permet de mieux servir les intérêts des parties contractantes dans la réalité contemporaine, où la formation du contrat s'opère rarement de façon instantanée.

Dans l'exercice de leur autonomie privée, les parties contractantes pourront conclure un contrat type prévu par la loi ou alors conclure des contrats *sui generis*.

Le législateur a également prévu des catégories contractuelles spécifiques, comme le contrat préliminaire, le contrat aléatoire et les contrats d'adhésion. Le contrat préliminaire est la négociation légale au moyen de laquelle les parties s'obligent à conclure, dans le futur, le contrat principal ou définitif. On affirme, en ce sens, que les contrats préliminaires traduisent une phase intermédiaire entre les négociations et le contrat définitif, parfait et terminé,

dont le but est donc de donner la l'assurance aux parties contractantes que l'affaire principale sera conclue. Le contrat préliminaire doit contenir toutes les conditions essentielles du contrat définitif, à l'exception de la forme. La discussion est donc de savoir si le contrat préliminaire doit englober tous les éléments du contrat définitif ou s'il pourrait subsister des lacunes quant à certains aspects du contrat principal, aux fins de vérifier la possibilité de l'exécution spécifique de l'obligation de signer le contrat définitif dans le cas de refus de l'une des parties. La question est controversée, et l'on retient généralement que le contrat préliminaire présentant des lacunes, même s'il lie les parties, ne donne pas lieu à une demande d'exécution spécifique, mais seulement à des dommages-intérêts contre la partie récalcitrante.

Le contrat aléatoire, dont l'exécution revêt quelques particularités, consiste en une négociation légalement encadrée qui se caractérise par l'aléa juridique, compris comme l'incertitude des parties contractantes, au moment de la conclusion de l'affaire, quant au bénéfice ou au préjudice, en termes d'attribution patrimoniale qui en découlera, en fonction d'un événement incertain prévu par les parties. En d'autres termes, l'incertitude repose sur l'existence d'une prestation (*an*) et/ou dans sa consistance physique (poids, numéro et mesure - *quantum*) qui se réglera à l'occasion de l'événement encore incertain, déclenchant l'exécution de la prestation et déterminant le transfert de l'actif du patrimoine de l'une des parties vers celui de l'autre, en faveur de qui la prestation est effectuée.

Enfin, le contrat d'adhésion présente un contenu déterminé unilatéralement par l'une des parties, de sorte que l'autre partie accepte tout simplement ses termes, raison pour laquelle ce type de contrat appelle des règles spéciales d'interprétation, comme celle suivant laquelle les clauses ambiguës ou contradictoires doivent être interprétées en faveur de la partie qui accepte, ou encore la nullité des clauses qui conditionne la renonciation anticipée de la partie qui adhère à des droits découlant de la nature de l'affaire.

## 1.2. Exécution

Le droit contractuel brésilien est régi par plusieurs principes, qui sont habituellement divisés en principes classiques, ou libéraux, et

en principes plus contemporains, ou sociaux. Ces deux catégories se fondent sur l'ordre constitutionnel brésilien, qui garantit aussi bien la liberté individuelle (Const., art. 5, *caput*), que la solidarité sociale (Const., art. 3, I), sous le prisme du principe de la dignité humaine (Const., art. 1, III).

Les principes appelés « libéraux », malgré l'absence de texte législatif, sont la liberté de contracter, la force obligatoire des contrats (*pacta sunt servanda*) et la relativité des effets du contrat, tous protégés par l'autonomie privée. Les principes dits sociaux sont la bonne foi objective, la fonction sociale du contrat et l'équilibre économique. Les deux premiers sont prévus explicitement dans le Code civil de 2002, et le troisième se trouve dans des notions telles que la lésion et le coût financier excessif (*excessiva onerosidade*). On affirme aussi l'existence d'un principe de protection de la partie la plus faible ou la plus vulnérable dans la relation contractuelle, spécialement invoqué dans le domaine des relations régies par le Code de protection des consommateurs (L. n° 8.078 de 1990, art. 4, I), moyennant l'attribution de plusieurs droits de base, comme la révision du contrat déséquilibré et l'inversion de la charge de la preuve, l'application du régime de la responsabilité objective et solidaire aux fournisseurs, et l'établissement d'une liste de clauses et de pratiques considérées comme abusives.

Dans les principes « sociaux », le plus important est celui de la bonne foi objective, protégée par le Code civil de 2002, qui a retenu ce principe dans trois dispositifs différents : dans l'interprétation et l'intégration des transactions légales (C. civ., art. 112 et 113), dans la vérification de l'abus de droit (C. civ., art. 187) et dans l'obligation de devoirs annexes (C. civ., art. 422). Elle est notamment présente dans les devoirs d'attention et de protection, d'information et de confidentialité, de collaboration et de coopération, comme par exemple le devoir de minimiser les dommages.

La fonction sociale du contrat, prévue par l'article 421 du Code civil de 2002 à la fois comme la raison et la limite à la liberté de contracter, connaît encore une application controversée. La doctrine défend l'idée selon laquelle que sa marque distinctive est la considération du contexte social où s'insère le contrat, comme nécessaire à l'évaluation de ses effets juridiques. En jurisprudence,

l'évaluation des effets juridiques de contrats de prestation de services d'éducation et de financement immobiliers est guidée, par le biais de la fonction sociale du contrat, par les droits fondamentaux à l'éducation et à l'habitation.

En ce qui concerne les voies de recours en cas de non-accomplissement du contrat, la législation brésilienne prévoit le droit du créancier d'exiger du débiteur l'exécution spécifique, dans le cas de retard ou, si son intérêt pour prestation de l'obligation a cessé, la conversion en dommages-intérêts (C. civ., art. 475). Même si, en principe, le choix est un droit potestatif du créancier, la doctrine et la jurisprudence, en ayant recours aux principes déjà cités, limitent tout abus du créancier dans ce choix, et les règles de procédure donnent la priorité aux mécanismes judiciaires d'exécution spécifique, comme les astreintes, la perquisition et la saisie des biens et l'adjudication compulsive.

Un défaut dans l'exécution de l'obligation peut aussi mener à la rétention de la contrepartie, à titre d'*exceptio non adimpleti contractus* (C. civ., art. 476), ou même à la résolution du contrat, en se fondant sur la clause résolutive explicite. Dans les cas où seule la résolution tacite, prévue par la loi, peut être envisagée, une décision judiciaire préalable est nécessaire en faveur de la résolution du contrat. Dans les cas où une clause explicite de résolution figure au contrat, la règle est la résolution par simple notification, et la décision judiciaire n'aura qu'un caractère déclaratoire (C. civ., art. 474) ; cependant, certaines exceptions sont prévues par la loi qui, visant la protection du débiteur, exige une décision judiciaire, ou au moins une notification par notaire, pour la mise en demeure et une dissolution ultérieure du lien. En ce qui concerne l'exception de contrat non exécuté, la législation autorise encore ce que l'on appelle l'exception d'insécurité, lorsqu'il y a une diminution du patrimoine du contractant capable de compromettre la prestation de l'obligation (C. civ., art. 477) ; la doctrine avance également la possibilité de l'*exceptio non rite adimpleti contractus*, outre celle de non-exécution antérieure au délai (non-accomplissement anticipé), en se fondant sur le principe de la bonne foi.

Le Code civil prévoit aussi la résiliation comme mode d'extinction du contrat ; cette résiliation est produite par un simple acte de

volonté et peut être soit bilatérale (dissolution), et n'est alors soumise qu'à la condition d'être établie sous la même forme que le contrat dissous (C. civ., art. 472). La résiliation peut être unilatérale, dans les cas autorisés par la loi de façon explicite ou implicite (C. civ., art. 473), par exemple pour les contrats à durée indéterminée ou certains contrats fortement imprégnés par la relation de confiance entre les parties (par exemple, le mandat). Dans ces cas, la loi exige que la dissolution du lien ne produise ses effets qu'après le délai établi en corrélation avec les investissements effectués par les parties pour l'exécution du contrat (C. civ., art. 473, § unique).

La résolution pour coût financier excessif (*excessiva onerosidade*) est autorisée par le Code civil de 2002 si « la prestation d'une des parties devient excessivement onéreuse, avec un avantage extrême pour l'autre, en vertu d'événements extraordinaires et imprévisibles » (C. civ., art. 478). L'extinction du contrat ne pourra alors être évitée que si la partie bénéficiaire admet la réduction équitable de son avantage (C. civ., art. 479). L'interprétation des conditions légales est cependant atténuée par un autre dispositif du même Code (C. civ., art. 317), qui n'exige pas un avantage extrême pour le cocontractant et autorise la révision judiciaire à la place de l'extinction du contrat, en vertu du principe du maintien des contrats.

## 2. Particularités du contrat administratif

Les accords entre pouvoirs publics et particuliers peuvent être de simples *contrats de droit privé de l'Administration* ou bien encore des *contrats administratifs*. Les premiers (par exemple, l'achat d'un immeuble, la location d'une maison pour y établir un organisme public, etc.) sont régis par le droit administratif – étant admise l'application supplétive des pratiques compatibles du droit privé. Les principaux contrats administratifs sont les délégations de services publics, les travaux publics, la concession d'utilisation d'un bien public, les contrats de fournitures en général et ceux de prestations de services. Leur régime réserve à l'Administration le droit de déséquilibrer le contrat unilatéralement, soit en modifiant les obligations du particulier ou encore

en dénonçant le contrat. Néanmoins, l'identité de l'objet de l'accord et les intérêts patrimoniaux de l'autre partie doivent être respectés.

L'Administration est autorisée à modifier les prestations dues par le contractant en fonction des nécessités publiques, à en suivre et superviser l'exécution, à imposer des sanctions pour inexécution et à résilier le contrat si l'intérêt public l'exige. Pourtant, les intérêts du contractant sont protégés, particulièrement l'équilibre économique du contrat, en préservant ainsi sa nature commutative et synallagmatique. On lui concède ainsi une protection pleine conforme aux attentes économiques qui ont motivé son entrée dans le contrat, ce qui peut se produire dans un régime qui lui est bien plus favorable que celui du contrat de droit privé.

Le contrat administratif a pour but de satisfaire l'intérêt public, en concédant à l'Administration des prérogatives dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de cet intérêt. Ces prérogatives découlent de la loi ou des clauses dites « exorbitantes » du contrat. La doctrine majoritaire emploie le terme « contrat administratif » ; ce terme est pourtant critiqué par d'éminents auteurs qui soulignent qu'il s'agit ici de contrats dans lesquels les pouvoirs de l'Administration procèdent directement de la loi. La désignation prévaut, pourtant, surtout de nos jours, où la distinction stricte entre le droit public et le droit privé s'est assouplie, en admettant l'intégration de contrats civils par la loi (tel un effet de la bonne foi objective et de la fonction sociale du contrat).

La modification unilatérale du contrat par l'Administration est possible pour améliorer l'adéquation des techniques aux objectifs, ou quand il est nécessaire de modifier la valeur du contrat en conséquence d'une augmentation ou d'une diminution de son objet. De tels changements, selon les § 1 et 2 du même article, ne peuvent excéder 25 % de la valeur initiale dans le cas de chantiers, de services ou d'achats, ou 50 % dans le cas de restaurations de bâtiments ou d'équipements. Cette limite ne s'applique qu'à l'altération de la valeur du contrat, pas du projet ou des spécifications, lesquels restent toutefois liés à l'appel d'offre public. Ces modifications ne se justifient que dans des cas spécifiques, où des événements extraordinaires rendent irréalisables les objectifs contractuels.