

A OBRIGAÇÃO FUNDAMENTAL

Camila Vicenci Fernandes¹

Resumo: O presente trabalho estudará o conceito de obrigação fundamental e o papel desempenhado por este instituto no ordenamento jurídico francês. Inicialmente, será desenvolvida uma definição de obrigação fundamental levando em conta a prestação característica do contrato, a vontade das partes, a distinção tripartite dos elementos do contrato e a noção de causa. Na segunda parte do artigo, serão estudadas as funções desempenhadas pela obrigação fundamental, analisando-se as cláusulas de não-responsabilidade no ordenamento francês, e a *faute lourde* e o *dolo* como fundamentos para o seu afastamento. As funções da obrigação fundamental serão abordadas em seguida, distinguindo seus efeitos em se tratando de cláusulas de não-responsabilidade ou não-obrigação, assim como seu reflexo na resolução do contrato.

Palavras-chave: Obrigação fundamental – Contrato – Não-Responsabilidade – Não-obrigação – Requalificação.

INTRODUÇÃO

A obrigação fundamental consiste em um conceito de origem inglesa, que encontra raízes na teoria da *deviation* e da *fundamental breach*, sendo definida, no sistema anglo-saxão, como uma obrigação intensificada cuja existência e execução são essenciais à sobrevivência do contrato e às legítimas expectativas das partes (SEFTON-GREEN, 2000, p. 60). No sistema inglês, suas finalidades primordiais consistem na intensificação da obrigação correspondente à manutenção da responsabilidade e ao agravamento das consequências da inexecução do contrato, levando, assim, à sua resolução (SEFTON-GREEN, 2000, p. 99).

Este instituto foi sendo recepcionado pouco a pouco no ordenamento jurídico francês, adquirindo, no âmbito da *Civil Law*, contornos diversos. Desta forma, o presente trabalho visa abordar o conceito de obrigação fundamental e o papel por ele desempenhado no âmbito do ordenamento jurídico francês, sublinhando a importância deste instituto para o sistema obrigacional do referido país. Para atingir tal objetivo, o artigo esboçará, primeiramente, algumas noções necessárias para a compreensão do tema ora estudado. Tentar-se-á, assim, determinar o significado da obrigação fundamental, em busca de uma definição ou conceito.

Na segunda parte do trabalho, serão examinadas as funções desempenhadas pelo instituto da obrigação fundamental no direito civil francês. Inicialmente, será abordada a transição da utilização da *“faute lourde”* para a obrigação fundamental no afastamento de cláusulas de não-responsabilidade. Em seguida, examinar-se-ão especificamente os efeitos da oposição das cláusulas de não-responsabilidade e não-obrigação à obrigação fundamental. Finalmente, serão abordadas as implicações da obrigação fundamental na resolução do contrato.

¹ Ex-aluna de graduação em Direito na UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Arbitragem e a Convenção de Viena sobre Compra e Venda de Mercadorias, sob orientação da Prof. Dr(a) Vera Fradera. Estudante de pós-graduação, no Programa de Pós Graduação em Direito UFRGS, Área Fundamentos da Integração Jurídica – prof^a Dr^a Martha Jimenez. Bolsista CAPES. Membro da Equipe UFRGS para o Vis Moot 2008/2009 em Vienna, Áustria.

PARTE 1: DEFININDO A OBRIGAÇÃO FUNDAMENTAL

A indagação central que permeia esta primeira etapa do trabalho é, justamente, como definir qual obrigação é fundamental em um contrato. A tarefa não é tão simples como pode parecer à primeira vista, pois, freqüentemente, o contrato possui uma miríade de obrigações em si. Da mesma forma, ele pode conter obrigações que, embora pareçam possuir caráter secundário, sejam de fato imprescindíveis para as partes contratantes.

Como eleger, dentro deste feixe, qual obrigação pode ser considerada o fundamento do contrato? A busca por esta definição orientará, portanto, as primeiras considerações deste trabalho, que buscará inicialmente o raciocínio adequado para procura pela obrigação fundamental. Em seguida, será analisado o papel da vontade nas partes nesta determinação, seguido do auxílio conceitual da divisão tripartite de Pothier. Finalmente, será feita a distinção entre obrigação fundamental e a causa do contrato.

1.1. Raciocínio em absoluto e raciocínio concreto

De acordo com Delebecque, autor responsável pela consolidação doutrinária do instituto ora estudado, a obrigação fundamental não comporta uma definição baseada no raciocínio em absoluto, convocando, portanto, à elucidação de critérios que possibilitem expor tal idéia de modo eficaz (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p. 180). Conseqüentemente, torna-se difícil obter uma conceituação ou definição precisa do instituto em si, e o caminho convencional tomado pela doutrina e jurisprudência francesas consiste, na maioria das vezes, em realizar uma análise casuística, elegendo as “obrigações fundamentais” dentro do âmbito de cada contrato, ou seja, aquelas obrigações sem as quais o contrato perde seu significado e sua razão de ser.

Assim, a compreensão do instituto da obrigação fundamental exige o exercício de um raciocínio em concreto, baseado na análise, caso a caso, dos contratos celebrados pelas partes. Em cada um deles haverá um obrigação cuja importância é tamanha que, caso ela seja suprimida ou reduzida, o será contrato privado de seu conteúdo e de seu sentido para as partes. Esta obrigação, que constitui o âmago do contrato, será a sua obrigação fundamental.

1.1.1 A prestação característica do contrato

Delebecque afirma, portanto, que um exame dos diferentes tipos de contrato levará a concluir que a obrigação fundamental assemelha-se à prestação característica (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p. 182) do mesmo, ou seja, aquela prestação que corresponde de maneira mais específica ao contrato, permitindo delimitar o campo de atuação do juiz mantendo-se, ao mesmo tempo, o caráter flexível e previsível do direito.

Na compra e venda, por exemplo, a prestação característica corresponderia ao pagamento do preço pelo comprador e à entrega da coisa pelo devedor. Alterando-se a prestação característica, altera-se conseqüentemente a qualificação do contrato. Assim, o primeiro passo para identificar a obrigação fundamental de um contrato consiste em localizar a sua prestação característica. Entretanto, esta delimitação é apenas o início do esclarecimento do instituto aqui estudado.

1.2. Obrigação fundamental e a vontade das partes:



Freqüentemente, a determinação baseada simplesmente em função da prestação característica do contrato não é suficiente para estabelecer qual é a obrigação fundamental, ou seja, qual é a obrigação sem a qual as partes não teriam pactuado, aquela que as levou a estabelecer o contrato. Há casos nos quais a prestação especificamente desejada pelas partes possui particularidades igualmente fundamentais. É a situação, citada por Jestaz, do produtor de açúcar que encomenda sementes de beterrabas açucareiras e percebe, depois de cultivadas, que se tratavam de sementes de beterrabas forrageiras havendo, no contrato, uma cláusula de limitação da responsabilidade ao montante pago pelas sementes (JESTAZ, 2005, p.340). Aqui, a mera entrega da coisa e pagamento do preço não satisfazem completamente a pretensão de uma das partes, que precisa especificamente de um determinado tipo de sementes, ou seja, a não-conformidade na entrega dos bens traz à tona a obrigação fundamental.

1.2.1 Obrigação anexa considerada fundamental

Igualmente, partindo-se da distinção entre obrigações principais e obrigações anexas, pode-se afirmar que a obrigação fundamental pode, por vezes, compreender as últimas. A finalidade pretendida com o contrato pode exigir não só a entrega de uma coisa e o pagamento de um preço, no caso da compra e venda, mas também que esta entrega seja efetuada dentro de um período específico de tempo caso se trate, por exemplo, da venda de roupas para uma determinada estação do ano. Assim, pela vontade das partes, uma obrigação considerada inicialmente como anexa pode ser elevada à categoria de fundamental, caso seja indispensável para objetivo pretendido pelos contratantes.

Assim percebe-se que, em virtude das finalidades buscadas pelas partes através do contrato, a sua vontade pode erigir uma obrigação específica como fundamental. Esta vontade não pode, entretanto, privar o contrato de sua essência, sendo limitada justamente pela obrigação fundamental. A liberdade conferida às partes para pactuarem o que desejarem possui um limite, não podendo tais determinações privar o compromisso de sua essência, criando uma situação na qual a execução não pode mais ser obtida pela parte credora.

Para compreender-se melhor o que constitui este cerne contratual, consubstanciado na obrigação fundamental, é importante a retomada das clássicas lições de Pothier e de sua divisão tripartite do contrato. Como será visto a seguir, a busca de uma definição deste instituto é auxiliada também pela delimitação da essência do contrato.

1.3 Definição através da distinção tripartite dos elementos constitutivos do contrato.

Para melhor compreender o conceito de obrigação fundamental, é imprescindível a análise da clássica distinção tripartite dos elementos constitutivos do contrato realizada por Pothier com inspiração no Direito Romano. Assim, conforme a divisão retomada pelo autor francês, os contratos são constituídos de três classes de elementos: os essenciais, os acidentais e os naturais.

1.3.1 Essentialia

Segundo Pothier, “as coisas que são da essência do contrato são aquelas sem as quais o contrato não pode subsistir. Na ausência de uma destas coisas, ou não há contrato algum, ou trata-se de uma espécie diferente de contrato” (POTHIER, 1890, t. II, p. 06). Como exemplo, o autor afirma que, no caso da compra e venda, é da essência do contrato que haja uma coisa que seja vendida e, em contrapartida, um preço pela qual ela deva ser



vendida, não se podendo conceber, portanto, a venda de um objeto que deixou de existir (POTHIER, 1890, t. II, p. 06).

O segundo efeito vislumbrado por Pothier para a ausência de um elemento essencial é a requalificação do contrato. Assim, sendo da essência do contrato de compra e venda a existência de um preço, consubstanciado em uma soma específica de dinheiro paga pelo comprador ao vendedor, se duas partes pactuam a “venda” de um objeto tendo como preço a entrega de outro objeto específico, estar-se-ia, em verdade, diante de uma permuta, e não de uma compra e venda, malgrado a errônea denominação conferida pelas partes.

1.3.2 Naturalia

Quanto ao segundo elemento, Pothier afirma que “as coisas que são da natureza do contrato são aquelas que, sem ser de sua essência, fazem parte dele” (POTHIER, 1890, t. II, p. 07), ou seja, os elementos naturais são aqueles que normalmente integram o contrato, sem necessidade de convenção expressa das partes e que, por não possuírem caráter essencial, podem ser dele excluídos ou modificados caso os contratantes assim desejarem, sem prejuízo da subsistência do pacto. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, a garantia é um elemento natural, que pode ser afastado ou modificado pela vontade das partes.

1.3.3 Accidentalialia

Finalmente, existem também os chamados elementos acidentais do contrato, que se caracterizam pelo fato de não serem da “natureza” do contrato, mas sim expressamente pactuados pelas partes. Inserem-se neste contexto as modalidades de entrega da coisa em um contrato de venda, ou as cláusulas que estabelecem, no regime francês, a competência territorial em caso de litígio (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p.182).

A obrigação fundamental parece, portanto, possuir um certo grau de similitude com os chamados elementos essenciais do contrato, aqueles sem os quais o contrato perde sua razão de ser (DELEBECQUE; PANSIER, 2001, p.182), na medida em que não pode ser dele suprimida sob pena de esvaziar seu conteúdo, deixando-o, assim, desprovido de significado. Sefton-Green afirma que a obrigação fundamental exerce, no direito francês hodierno, o papel de fronteira, de marco que delimita novamente a classificação tripartite de Pothier de essentialia, naturalia e accidentalialia (SEFTON-GREEN, 2000, p. 147), e a autora complementa, declarando que “é incontestável que a obrigação fundamental pertence à categoria de essentialia do contrato” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 266).

Consolidada a noção de que a obrigação fundamental expressa o que é essencial e imprescindível no contrato, resta ainda nesta primeira parte diferenciá-la do conceito de causa. Malgrado a aparente similitude conceitual, ambos os institutos desempenham, como será visto a seguir, papéis diversos no iter negocial.

1.4 A obrigação fundamental e a causa do contrato

É importante realizar, nesta última parte do capítulo acerca da conceitualização da obrigação fundamental, uma breve distinção entre esta e a causa do contrato, visto que ambas parecem assemelhar-se e até mesmo desempenhar, como veremos a seguir, um papel análogo. Entretanto, embora estas noções sejam imbricadas, não devem ser confundidas, e ambas “podem coexistir sem que uma seja o fundamento da outra” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 280).



De acordo com o artigo 1108 do código napoleônico², a noção de causa insere-se como um dos fundamentos do direito contratual francês, ao lado do consentimento, da capacidade e do objeto. A partir de uma análise dos artigos referentes à causa, é possível entrever as funções exercidas por este conceito no direito francês.

Inicialmente, o código civil francês afirma que a obrigação sem causa, fundada sobre uma causa falsa ou sobre uma causa ilícita, não poderá ter qualquer efeito (art. 1131). Neste enunciado, pode-se perceber a atuação da causa como condição de formação do contrato³. O artigo 1132 do código napoleônico estatui que a convenção não é menos válida em função da causa não estar expressa, impondo, portanto, um critério de validade da obrigação⁴. Finalmente, há a previsão de que a causa será ilícita quando ela for proibida pela lei, contrária às boas maneiras ou à ordem pública (art. 1133), ou seja, aqui a causa funciona como um mecanismo visando resguardar a ordem social. Além disso, de acordo com a teoria clássica do direito francês, a causa também opera a qualificação dos contratos⁵, visto que ela seria a mesma para cada uma das classes contratuais. Não se pode deixar de mencionar que a noção de causa também é responsável pelo amparo do equilíbrio contratual entre as partes no momento da formação do contrato (SEFTON-GREEN, 2000, p. 283).

Muitas destas noções podem parecer familiares à obrigação fundamental, mas há uma distinção essencial entre as funções desempenhadas pela causa no contrato e aquelas exercidas pela obrigação fundamental: enquanto a causa atua primordialmente na formação do liame contratual, a obrigação fundamental opera na execução do contrato, como será visto de forma mais detalhada no próximo capítulo. Assim,

[...] pesquisar a extensão da supressão da obrigação fundamental é a chave para compreendê-la. É verdade que esta apreciação pode levar em conta a causa do contrato, sua finalidade, mas este último conceito não se encontra na obrigação fundamental. A obrigação fundamental pode ser considerada como o prolongamento, o suporte do equilíbrio contratual na execução do contrato, enquanto a causa só pode ser considerada como o suporte do equilíbrio do contrato (e somente se a definição for conveniente) no momento de sua formação (SEFTON-GREEN, 2000, p. 283).

Diante do exposto nesta primeira parte do trabalho, conclui-se que (a) a obrigação fundamental constitui o cerne do contrato, não podendo ser reduzida ou suprimida; (b) que a vontade das partes pode erigir à fundamental uma obrigação, mas não pode privar o contrato de sua essência; (c) que a obrigação fundamental pertence à categoria de essencialia e, finalmente; (d) que enquanto a noção causa atua na formação do contrato, a obrigação fundamental atuará na execução do mesmo, sendo o suporte do equilíbrio contratual nesta etapa.

A partir deste arcabouço conceitual, será possível compreender como o conceito de obrigação fundamental opera na prática e em quais ocasiões se dá a sua atuação. Desta

² Article 1108 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804): Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation.

³ LEFORT, Nicolas. Quel est le rôle de la cause en droit des contrats ? Disponível em <http://www.oboulo.com/role-cause-droit-contrats-26005.html>

⁴ Idem, ibidem.

⁵ DUPONT, Aurélie. La validité du contrat : la cause. Disponível em < <http://www.oboulo.com/validite-contrat-cause-21034.html> > Acesso em 12/12/2008.



forma, as funções exercidas pelo conceito de obrigação fundamental no sistema francês serão objeto de análise da segunda parte deste trabalho.

PARTE 2: FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELA OBRIGAÇÃO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS

No âmbito da prática contratual, o instituto da obrigação fundamental tem servido, hodiernamente, para o afastamento de cláusulas de limitação de responsabilidade em contratos, visando preservar, portanto a sua essência. É, por conseguinte, como limite à liberdade contratual que o instituto ora estudado se apresenta, na forma de uma baliza que almeja resguardar e defender o fim vislumbrado pelas partes com a celebração do contrato, malgrado a presença de cláusulas que, diminuindo ou extinguindo a responsabilidade por incumprimento da obrigação, desvirtuem tal finalidade. À ampla liberdade contratual é imposto o limite de preservar a essência do contrato, sem esvaziá-lo de seu conteúdo essencial.

Assim, segundo Sefton-Green, a obrigação fundamental representa um “obstáculo intransponível, pois não se pode, ao mesmo tempo, se comprometer e não se comprometer, sob pena de atentado ao princípio da boa-fé e de introduzir no contrato uma dose de potestatividade muito contrária ao princípio do *pacta sunt servanda*” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 156). Firmar um contrato no qual, em função de uma cláusula de limitação de responsabilidade, uma das partes possa praticamente exonerar-se do cumprimento de sua obrigação fundamental sem maiores sanções significa na prática o mesmo que não comprometer-se, ou seja, o limite imposto pela preservação da obrigação fundamental do contrato significa assegurar que, em caso de descumprimento, e não obstante a presença de um termo que atenua ou exonere a responsabilidade do devedor, o credor poderá obter alguma satisfação.

Portanto, para melhor compreender-se o papel preponderantemente exercido pelo instituto da obrigação fundamental no sistema jurídico francês, cumpre tecer algumas considerações iniciais acerca das chamadas cláusulas de não-responsabilidade. A seguir, será observada a transição da *faute loude* para a obrigação fundamental como método para o afastamento de tais cláusulas. Após, serão examinados especificamente os efeitos da oposição da obrigação fundamental às cláusulas de não-responsabilidade e às cláusulas de não-obrigação. Finalmente, será também analisado o papel desempenhado pela obrigação fundamental na resolução do contrato.

2.1 As cláusulas de não-responsabilidade no ordenamento jurídico francês

Savatier afirma que as cláusulas de não-responsabilidade constituem uma renúncia antecipada à reparação (SAVATIER, 1951, t.I, nº 660). Mais recentemente, Jestaz conceituou tais cláusulas, afirmando que

[...] o termo de responsabilidade designa a instituição que sanciona a obrigação de bem-fazer, a de executar uma prestação correta e de boa qualidade. Aplicando-se esta idéia, a cláusula de não-responsabilidade entende-se ordinariamente como aquela que evita a garantia contra vícios, desordens, avarias e outros defeitos. Esta cláusula, por definição, faz desaparecer a obrigação de garantia, mas ela não põe fim à obrigação de fazer: o devedor, embora não garanta a qualidade de sua prestação, promete ao menos que a executará e deverá, portanto uma indenização no caso de incumprimento (JESTAZ, 2005, p. 326 e 327).



As chamadas cláusulas de não-responsabilidade são, em princípio, válidas no ordenamento francês (PLANIOL, 1952, t.II., nº245). Segundo Lalou, “a razão desta validade das cláusulas de irresponsabilidade em matéria contratual é que, quando um contratante promete realizar, em proveito do outro, a prestação ou serviço convencionado, o direito comum não o obriga a fazê-lo; ele deve, portanto, somente o que prometeu, e com as limitações contidas nesta promessa” (LALOU, 1949, p. 375). A liberdade contratual e a autonomia da vontade aparecem, portanto, como o fundamento da validade de tais cláusulas.

2.2 Limites às convenções de não-responsabilidade: da *faute loude* à obrigação fundamental

Entretanto, sempre existiram certos limites à validade de tais convenções. Bouillenne já afirmava que “em princípio, admite-se a exoneração de responsabilidade, salvo dolo ou culpa grave” (BOUILLENNE, 1947, p. 25), e Lalou elencou em sua obra as exceções ao princípio da validade das cláusulas de não-responsabilidade em matéria contratual: “Dolo e culpa grave; Contrato de aluguel de serviços; Acidentes de trabalho; Aplicação da lei sobre propriedade comercial; O contrato de transporte terrestre; O contrato de transporte marítimo; O contrato de transporte aéreo; Os arrendamentos rurais” (LALOU, 1949, p. 378).

A presença de dolo ou de culpa grave constituía a principal ferramenta para o afastamento das convenções de não-responsabilidade, contando com o fundamento deveras moral de que constituíam uma agressão à boa-fé. É importante lembrar que, em virtude da assimilação, no ordenamento francês, de muitas lições clássicas do Direito Romano, a culpa grave era equiparada ao dolo, com base nas lições de Ulpiano e na posterior consolidação de Justiniano. Mazeaud esclarece melhor os fundamentos de tal comparação, afirmando que

[...] certamente, a culpa grave não é intencional; não é voluntariamente que o devedor não executou; a culpa que ele possui, caso seja ela grave, é o resultado de um erro, de uma negligência ou de uma imprudência. Ao estipular a irresponsabilidade de seus atos de culpa grave, o devedor não escolheu entre executar ou não executar, mas somente quis não ser incomodado caso, involuntariamente, não execute. Juridicamente, a cláusula não se analisa como condição potestativa. Mas, de fato, o indivíduo culpado por dolo, sem constatar a gravidade de sua culpa, argumenta sempre que agiu com boa-fé; ele pretende não ser condenado por um erro grosseiro; faz-se de tolo caso seja preciso; o rancor usa a máscara da necedade. É para evitar o uso deste meio muito cômodo de defesa que sempre presume-se dolosiva a culpa grave (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, t. I. p. 654).

Assim, a convenção que exonerasse uma das partes das conseqüências de seu dolo ou culpa grave legitimaria a má-fé nos contratos, sendo portando passível de uma nulidade de ordem pública, baseada no artigo 6º do código civil francês⁶, que impõe como limite às convenções o respeito aos bons-costumes (LALOU, 1949, p. 378). Esta baliza era reforçada por Ripert, ao afirmar que “a liberdade contratual interrompe-se quando se tenta escapar à observação de um dever de não causar dano a outrem” (RIPERT, 1937, p. 62).

Se o dono de um hotel colocasse um cartaz avisando que o estabelecimento não se responsabilizava pelos objetos de valor deixados no cofre, e se provasse que houve culpa, havia a desconsideração de tais convenções (LALOU, 1949 p. 380). Da mesma forma, o zelador que negligenciava sua obrigação de vistoria periódica de um imóvel, deixando que

⁶Art. 6º: On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l' ordre public et les bonnes moeurs.



uma infiltração deteriorasse a casa e seus móveis, não podia valer-se, em função de ter cometido um ato com culpa grave, de uma cláusula contratual de não-responsabilidade (LALOU, 1949 p. 381).

2.2.1 O dolo ou a faute lourde como fundamentos para o afastamento das convenções de não-responsabilidade

Portanto, segundo a doutrina e jurisprudência francesas, quando havia demonstração de que o devedor agira com dolo ou culpa grave, ocorria a desconsideração das convenções de limitação da responsabilidade⁷ e, assim sendo, por muito tempo as cortes francesas se valeram especialmente da “faute lourde” para descartar as cláusulas que diminuíam ou exoneravam a responsabilidade do devedor. Este cenário, entretanto, começa a mudar com o surgimento da noção de obrigação fundamental no direito francês.

Inicialmente incipiente, o instituto da obrigação fundamental passa a influenciar o próprio conceito de culpa grave. Pouco a pouco, houve uma assimilação gradual da “faute lourde” à obrigação fundamental (SEFTON-GREEN, 2000, p. 149), com uma conseqüente objetivação daquela na medida em que ocorre uma mudança conceitual, “passando-se do plano qualitativo ao quantitativo, da apreciação moral feita sobre o devedor à evolução da importância do objeto e das conseqüências de sua não-realização⁸”. A culpa grave começa a ser definida, segundo Sefton-Green, como aquela que esvazia a obrigação de toda a sua substância, ou mesmo aquela deduzida do caráter essencial de uma obrigação, conceitos que muito se aproximam da obrigação fundamental.

2.2.2 A passagem da faute lourde para a obrigação fundamental

A jurisprudência francesa da época confirma esta transição, em especial com o notório “Affair Lotto”. No caso em tela, um jogador da loto comprara um bilhete cujos números foram premiados, mas teve o pagamento do prêmio recusado pela loto em função de o comprovante, que deveria ter ficado com a lotérica que vendera o bilhete, ter desaparecido, o que impedia o seu processamento pelo sistema. A loto alegou a presença de uma cláusula, presente no regulamento do jogo, que liberava a sociedade da obrigação do pagamento do prêmio nos casos em que os bilhetes tivessem acidentalmente desaparecidos e não pudessem ser processados. Entre as explicações possíveis para o desaparecimento do comprovante, a mais provável era a negligência do proprietário da lotérica, o que a Corte Suprema considerou como uma omissão que atingia um “elemento substancial do contrato” e que, “em razão do caráter essencial da obrigação inexecutada e da gravidade das possíveis conseqüências da falta constatada, o caso seria analisado sob a ótica de culpa grave”.

Assim, diante da argumentação desenvolvida pela Corte, percebe-se que “malgrado a alusão clássica à culpa grave, os argumentos convergem, em abundância, para a idéia de que a justificação primeira encontra-se na violação do elemento principal do contrato, a obrigação fundamental, o que uma convenção de não-responsabilidade não pode encobrir⁹”. A transição do conceito de culpa grave para o de obrigação fundamental como condutor para a inoponibilidade de cláusulas de não-responsabilidade ganha força, com a conseqüente objetivação do fundamento para o afastamento de tais cláusulas. De uma violação a um dever moral, passa-se a uma violação ao interesse do contrato, à sua

⁷ MALAURIE, Phillipe, L. AYNES. Les obligations, Cujas. 10ª edição. 1999, nº861, p. 509 e ss.

⁸ MALAURIE, Phillipe, L. AYNES. Op. Cit, p. 510.

⁹ RTDC, p. 728



essência, o que leva o conceito de obrigação fundamental a suplantar a culpa grave nos casos de cláusulas de não-responsabilidade.

2.2.3 A consolidação da obrigação fundamental

Segundo Sefton-Green, “Esta evolução termina por evacuar a noção de culpa dolosiva ou culpa grave como fundamento da técnica que permite tornar ineficazes as cláusulas exoneratórias ou limitativas de responsabilidade. Como substituição de critério, a jurisprudência se refere hoje explicitamente, e não indiretamente, à obrigação fundamental” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 152). Esta transição consubstancia-se com a decisão do caso SMTU c. Bronquerie et autres, no qual os usuários de um serviço de estacionamento subterrâneo reclamam a reparação dos prejuízos sofridos em virtude de uma inundação no local, causada pela negligência do estabelecimento em verificar o trancamento de um sifão. A sociedade responsável pelo estacionamento alegou a presença de uma cláusula impressa nos tickets advertindo os clientes de que bilhete de estacionamento dava direito somente ao estacionamento, e a nenhuma outra obrigação, como guarda ou depósito. A Corte de Cassação francesa afastou tal cláusula com base na ofensa à obrigação fundamental, afirmando que “o proprietário do estacionamento faltou com sua obrigação essencial de colocar à disposição do usuário o gozo pacífico de um local para que ele deixasse seu veículo estacionado” (SEFTON-GREEN, 2000, p. 153)¹⁰.

A partir de então, a obrigação fundamental erige-se como critério autônomo para o afastamento de cláusulas que contenham um caráter abusivo, sem a necessidade de recorrer ao critério altamente subjetivo da culpa grave, e sim focando-se no aspecto objetivo, ou seja, o interesse principal do contrato¹¹. Assim, como será visto a seguir, o conceito de obrigação fundamental desempenha hoje um papel importante no direito civil francês, exercendo funções distintas de acordo com a natureza das cláusulas ou convenções que lhe são opostas.

2.3 As funções da obrigação fundamental

Como visto anteriormente, a noção de obrigação fundamental suplantou, pouco a pouco, a utilização do instituto da “faute loude” enquanto fundamento para o afastamento de cláusulas de não-responsabilidade em certos contratos. O conceito ora estudado possui, entretanto, outras funções, operando em diversas áreas do campo contratual, como será examinado a seguir.

2.3.1 Distinção inicial entre as cláusulas de não-responsabilidade e não-obrigação

A análise da função exercida pelo instituto da obrigação fundamental hodiernamente na França pressupõe algumas distinções iniciais, visto que ela exerce um papel diferente em se tratando de cláusulas chamadas de não-obrigação e as de não-responsabilidade: quando cláusula de não-obrigação vai ao encontro da obrigação fundamental de um contrato, sua influência atinge a qualificação do mesmo. Por outro lado, se uma cláusula de não-responsabilidade choca-se com a obrigação fundamental, a incidência se dá sobre a eficácia da cláusula (SEFTON-GREEN, 2000, p. 147).

¹⁰ Idem, p. 153.

¹¹ RTDC, p. 728.



Assim, inicialmente devem-se distinguir tais cláusulas, pois um efeito diverso é produzido pela violação de uma obrigação fundamental do contrato em cada um delas. Mazeaud realiza tal diferenciação, estatuidando:

Estipular em um contrato a irresponsabilidade do devedor de uma obrigação não significa exonerá-lo da mesma, ou seja, não significa descartar esta obrigação do contrato. A cláusula de não-responsabilidade não é analisada na ausência de uma obrigação. O beneficiário da cláusula está de fato comprometido, em virtude do contrato, a executar a obrigação estipulada; ele se compromete a dar, fazer ou não-fazer, mas ele acrescenta que, caso ele não satisfaça a sua obrigação, ele não poderá ser incomodado, sua responsabilidade não será comprometida. Ao contrário, quando um contratante faz descartar do contrato uma obrigação que deveria normalmente ser atribuída a ele, ele não deve a execução desta obrigação; ele não está comprometido, ele não deve coisa alguma (MAZEAUD & MAZEAUD, 1947, p. 650).

2.3.2 Efeitos da obrigação fundamental sobre as cláusulas de não-responsabilidade:

Como visto anteriormente, em especial ao analisar-se a evolução do conceito de obrigação fundamental na França, as cláusulas de não-responsabilidade terão a sua validade contestada quando opostas à obrigação fundamental. Para estas cláusulas, a obrigação fundamental constitui essencialmente uma técnica de reputar não-escritas as convenções que a ofendam (SEFTON-GREEN, 2000, p. 155), função que foi consolidada através do caso Chronopost, cuja decisão paradigmática conferiu expressamente este papel à obrigação fundamental.

No caso em tela, a sociedade Banchereau confiou à Société française de messagerie internationale (SFMI), posteriormente sucedida pela Chronopost, empresa especializada em entregas rápidas, dois envelopes contendo ofertas para uma licitação. Os envelopes deveriam ser entregues até o meio-dia do dia seguinte à submissão ao licitante, mas, devido ao atraso na entrega dos envelopes, a sociedade Banchereau não pôde tomar parte na licitação. Assim, a sociedade Banchereau pediu perdas e danos na justiça francesa pelos prejuízos sofridos, mas a Chronopost alegou a presença de uma cláusula no contrato que limitava o montante da indenização ao valor pago pela expedição dos envelopes, ou seja, uma cláusula de não-responsabilidade que, na prática, tinha os mesmos efeitos de uma cláusula de não-obrigação. Como já afirmava Demogue, a indenização prevista em cláusulas de atenuação da responsabilidade não pode ser de valor zero ou possuir caráter ínfimo, sob pena de não se sancionar quem descumpra a obrigação (DEMOGUE, 1925, t. V, p. 437).

A Corte de Cassação francesa decidiu que, embora a legislação geral sobre transportes possibilite a limitação da responsabilidade do entregador, o contrato aqui analisado continha uma obrigação específica de entrega em um determinado período de tempo, o que afasta a aplicação do regime geral. Assim, como especialista em entregas rápidas e com ampla propaganda acerca de sua celeridade, a sociedade Chronopost, em não entregando os envelopes no tempo previsto, violou sua obrigação fundamental para com a sociedade Banchereau. Conseqüentemente, a cláusula de limitação de responsabilidade contida no contrato, que contradizia o próprio compromisso firmado entre as partes, foi reputada como não-escrita, fixando-se posteriormente o montante da indenização devida à sociedade Banchereau.

Assim, como proposto por Delebecque, no caso de oposição entre as cláusulas atenuadoras da responsabilidade e a obrigação fundamental, aquelas tornam-se então



inoponíveis. A justificativa dada para a eliminação destas cláusulas é o fato de que a exceção ou limitação de responsabilidade contida na cláusula interfere na própria essência do contrato.

2.3.3 Efeitos da obrigação fundamental sobre as cláusulas de não-obrigação

As cláusulas de não-obrigação possuem, em tese, caráter diverso das cláusulas de não responsabilidade, atingindo não a garantia em caso de incumprimento, mas a própria obrigação em si. Segundo Jestaz, “A cláusula de não-responsabilidade, como visto, suprime a responsabilidade por defeitos deixando subsistir a obrigação de fazer. De sua parte, a cláusula de não-obrigação suprime à raiz a obrigação de fazer (JESTAZ, 2005, p. 328). Entretanto, esta distinção não é clara nem na doutrina tampouco na jurisprudência, e por vezes as cláusulas de não obrigação são tratadas como cláusulas de não-responsabilidade. Para ilustrar melhor tais casos, Jestaz traz o exemplo da empresa de segurança que declina sua obrigação de vigilância (JESTAZ, 2005, p. 328). Ora, a razão pela qual tal empresa é contratada é, justamente, centrada na obrigação de vigilância, e se o contrato contém uma cláusula que exonere a empresa mesmo que ela não tenha cumprido com suas obrigações (efetuar rondas periódicas, por exemplo), há uma afronta à obrigação fundamental do contrato.

Assim, no tocante às cláusulas de não-obrigação, os efeitos da oposição de tais termos à obrigação fundamental são diversos. De um lado, o choque entre uma cláusula de não-obrigação e a obrigação fundamental pode levar à nulidade do contrato, como também pode operar uma mudança na natureza do mesmo, acarretando a sua requalificação (SEFTON GREEN, 2000, p. 266).

2.3.3.1 Requalificação do contrato:

Pothier já afirmava que, na ausência de “essentialia”, o contrato ganhava nova qualificação (POTHIER, 1890, p.6), então condizente com os seus elementos. A prova de que, como afirmado por Delebecque (DELEBECQUE, 1981), a obrigação fundamental serve de fronteira marcando novamente a divisão tripartite realizada por Pothier, é o fato de que, quando oposta a uma convenção de não-obrigação, a obrigação fundamental opera, igualmente, a requalificação do contrato. “Um comprador, por exemplo, estipula que não deverá o preço da coisa; a convenção restará válida, mas muda de natureza; a venda torna-se uma doação” (MAZEAUD & MAZEAUD, 1947, p. 650).

O caso SMTU c. Bronquerie et autres exemplifica este efeito operado pela obrigação fundamental. Tendo sido acionado na justiça em virtude de uma inundação no estacionamento, que trouxe prejuízos aos proprietários dos veículos, o dono do estabelecimento opôs a esta pretensão uma cláusula contida no ticket de estacionamento, que afirmava que o bilhete dava direito somente ao estacionamento, não conferindo ao responsável pelo estabelecimento nenhuma obrigação de guarda ou depósito (JOURDAIN, 1994, p. 611-619), o que constituía claramente uma cláusula de não-obrigação. A Corte de Cassação optou por requalificar o contrato, passando de simples estacionamento para aluguel, contrato para o qual o gozo pacífico do local constitui uma obrigação de caráter fundamental, aqui descumprida pelo proprietário do estacionamento.

2.3.3.2 Nulidade do Contrato:

Em casos mais extremos, a presença de cláusulas de não-obrigação suprimirá de maneira tão intensa a obrigação fundamental vislumbrada pelo contrato que não restará



outra alternativa senão reputá-lo nulo. A justificativa, segundo Mazeaud, é que não se pode conceber um contrato no qual uma parte obriga-se a uma prestação e, ao mesmo tempo, afirma não dever nada, ou seja, firma um compromisso e, igualmente, não se compromete. Assim, os contratos nos quais uma cláusula de não-obrigação choque-se violentamente com a obrigação fundamental, via de regra prevendo a sua extirpação total, constatar-se-á a nulidade irremediável dos mesmos. “Um vendedor que insere no contrato uma cláusula cujos termos estatuem que ele não deve transferir a propriedade da coisa vendida; o contrato, verdadeiro monstro jurídico, está marcado pela nulidade; ele não pode produzir efeito algum” (MAZEAUD & MAZEAUD, 1947, p. 651).

Apresentam-se, desta forma, os principais efeitos produzidos pela oposição da obrigação fundamental às cláusulas de não-responsabilidade e não-obrigação no ordenamento jurídico francês. Diante do exposto anteriormente, pode-se deduzir que a obrigação fundamental marca o limite da validade das cláusulas de não-responsabilidade enquanto ela opera uma desqualificação ou requalificação do contrato, ou mesmo determina a sua nulidade, no caso das cláusulas de não-obrigação (SEFTON GREEN, 2000, p. 147).

2.3.4 A obrigação fundamental e a resolução do contrato

Finalmente, cumpre abordar mais uma função exercida pela obrigação fundamental no ordenamento jurídico francês. Além de servir para afastar cláusulas de não-responsabilidade e requalificar ou anular contratos com cláusulas de não obrigação, o instituto ora estudado possui um papel importante também no momento da resolução contratual.

Ao averiguar-se se houve violação à obrigação fundamental em um contrato, mensura-se também a importância da inexecução do mesmo, ou seja, através da obrigação fundamental se analisará a medida da gravidade do incumprimento da convenção contratual. Esta constatação poderá levar à nulidade parcial ou mesmo total do contrato, dependendo de sua dimensão, garantindo à parte credora o direito às indenizações cabíveis. Tal análise prescindirá das definições de obrigação principal ou acessória, que muitas vezes deixava sem amparo o credor que, tendo visto descumprida uma obrigação importante mas acessória, restava sem remédio. Nas palavras de Sefton-Green, “o objetivo da resolução é sancionar a ruptura do equilíbrio do contrato durante a sua execução, e parece simplista associar a extensão da inexecução à qualidade da obrigação (principal ou acessória)” (SEFTON GREEN, 2000, p. 218).

Um exemplo conveniente para a compreensão desta noção é trazido por Delebecque, que examina em sua tese uma decisão de 1977 da Cour d’appel d’Aix-en-Provence. No caso em tela, um mecânico belga recolhia e recuperava veículos que, em função de seu estado e de sua deterioração, tinham sido proibidos de circular neste país. Em seguida, os carros e as peças necessárias ao conserto eram vendidos a um mecânico francês que, em seu país, realizava os reparos necessários e revendia os veículos. A execução do contrato se dá sem problemas por um período, até o dia em que o mecânico francês recebe do belga um veículo irrecuperável, visivelmente mais avariado e deteriorado do que os outros. O mecânico francês não aceita o carro, afirmando que o mesmo não servia à finalidade do contrato. Uma perícia é realizada, provando-se que o carro não possuía mais condições de circulação a não ser que fosse submetido a uma série de consertos muito complexos e dispendiosos. O Tribunal de Aix-em-Provence aceitou, portanto, a pretensão da parte francesa, decisão cujo argumento central foi o de que o veículo perdera sua função, que é circular, e que obrigação fundamental do mecânico belga consistia precisamente em não só entregar qualquer carro ao francês, mas sim entregar um carro capaz de ser posto em circulação. O mecânico belga,



violando de maneira tão grave a obrigação fundamental do contrato, acarretou o equivalente à sua inexecução, possibilitando a resolução do mesmo com a conseqüente indenização da parte francesa.

Esta última função exercida pela obrigação fundamental, ou seja, ser um critério de apreciação da gravidade do incumprimento obrigacional para desencadear a resolução do contrato, significa o deslocamento, no ordenamento francês, da análise baseada na teoria objetiva de Picard e Prudhomme, para um exame calcado na gravidade da inexecução. As cortes francesas, ao invés de analisarem somente se a obrigação violada é principal ou acessória, deverão constatar a extensão do incumprimento, ou seja, se ele viola ou não a obrigação fundamental. É justamente através da qualidade da obrigação que os juízes podem determinar precisamente se houve ou não ruptura do equilíbrio (SEFTON-GREEN, 2000, p. 218), levando à resolução do contrato e à satisfação, por meio da indenização cabível, da parte credora.

CONCLUSÃO

A obrigação fundamental não é um conceito recente. É uma reinterpretação de elementos há muito presentes no ordenamento francês. Pertencente à categoria de essencialia, ela configura o núcleo irreduzível do contrato, a parcela que a vontade das partes não pode excluir, sob pena de desfigurar a convenção. A vontade das partes pode, entretanto, alçar à categoria de fundamental uma obrigação que, à primeira vista, seria simplesmente anexa, mas que uma análise cautelosa mostrará ser indispensável ao contrato.

Enquanto a noção de causa é responsável pela manutenção do equilíbrio do contrato em sua formação, a obrigação fundamental desempenhará esta função na fase de execução do contrato. Diante do exposto, pôde-se concluir que o instituto da obrigação fundamental desempenha atualmente um papel preponderante no âmbito do ordenamento jurídico francês. A evolução deste sistema jurídico sofreu uma objetivação que, diminuindo o seu caráter eminentemente moral, viu o instituto da *faute loude* ser substituído pouco a pouco pela obrigação fundamental nos casos de afastamento de cláusulas de não-responsabilidade.

Com esta consolidação, o instituto da obrigação fundamental passou a ser a principal técnica para reputarem-se não-escritas tais cláusulas, questionando, portanto, a sua validade. A obrigação fundamental também desempenha papel importante no tocante às cláusulas de não-obrigação, acarretando, quando em oposição a estas, a requalificação ou mesmo a nulidade do contrato. Finalmente, a obrigação fundamental cumpre outra função igualmente importante no ordenamento francês hodierno: ela serve de critério para se averiguar a gravidade da obrigação descumprida na resolução contratual, garantindo à parte credora a devida indenização por incumprimento do contrato.

Assim, o entendimento desta figura plena de significações e funções é imprescindível para a compreensão da atual etapa de desenvolvimento do direito civil francês. A obrigação fundamental configura-se, assim, como técnica indispensável para o afastamento de cláusulas que firam a essência do contrato, além de, mesurando a extensão do incumprimento da obrigação, garantir a devida satisfação ao credor que confiou no *pacta sunt servanda*.



BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BEAUDONNAT, Émile. Des Clauses de Non-Responsabilité et de L'Assurance dès Fautes. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, 169 p.

BOUILLENNE, Robert. La Responsabilité Civile Extra Contractuelle Devant L'Evolution du Droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, 244 p.

CAPITANT, Henri. De La Cause des Obligations. Paris: Librairie Dalloz, 1927, 506 p.

DELEBECQUE, Philippe. Les clauses allégeant les obligations dans les contrats. 1981. Thèse - Aix-Marseille. Disponível em <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/natbiblio.html>> Acesso em 27/01/2009.

DELEBECQUE, Phillipe; DUTILLEUL, François. Contrats Civils et Commerciaux. Paris: Dalloz, 1993, 814 p.

DELEBECQUE, Phillipe; PANSIER, Frédéric-Jérôme. Droit des Obligations – Contrat et Quasi Contrat. Paris: Litec, 2001, 351 p.

DEMOGUE, René. Traité des Obligations em Général. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, v.I, t.I.

_____ Traité des Obligations en Général. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, v.I, t.V.

JESTAZ, Philippe. L'obligation et La Sanction: à La Recherche de L'obligation Fondamentale. In: Autour du Droit Civil - Écrits dispersés, Idées Convergentes. Paris: Dalloz, 2005, p.326-346.

JOURDAIN, Patrice. Responsabilité Délictuelle et Responsabilité Contractuelle. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, n. 3, p. 611-619. juill-sept, 1994.

LALOU, Henri. Traité Pratique de La Responsabilité Civile. Paris: Librairie Dalloz, 1949, 1022 p.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, t. I.

_____ Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, t. III.

PLANIOL, Marcel. Traité pratique de droit civil français. 2. ed. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1952, t.II.

POTHIER, Robert-Joseph. Oeuvres de Pothier Annotées et Mises em Corrélation avec Le Code Civil et La Legislation Actuelle. Paris: Marchal et Billard, 1890, t. II.

REMY, Philippe. La Responsabilité Contractuelle: histoire d'un faux concept. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, n.2, p.324-355, avril-juin 1997.

RIPERT, Georges. A Regra Moral nas Obrigações Civis. São Paulo: Saraiva, 1937, 415 p.



SAVATIER, René. Traité de La Responsabilité Civile em Droit Français. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t.I.

SEFTON-GREEN, Ruth. La Notion d'obligation Fondamentale: Comparasion Franco-Anglaise. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, 391 p.

TALLON, Denis. L'inexécution du contrat: pour une autre présentation. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, n.2, p.223-236, avril-juin 1994.



